Zur Kenntniss des Volksrechtes in den romanisirten ...

Stephan Brassloff

GERMANY

Zur Kenntniss des Volksrechtes

in den romanisirten Ostprovinzen

des römischen Kaiserreiches

von

Dr. jur. **Stephan Brassloff.**

Weimar
Hermann Böhlaus Nachfolger
1902.

ur Kenntniss des Volksrechtes

in den romanisirten Ostprovinzen

des römischen Kaiserreiches

von

Dr. jur. **Stephan Brassloff.**

Weimar
Hermann Böhlaus Nachfolger
1902.

WEIMAR. - HOF-BUCHDRUCKEREI

Vorwort.

Durch die gewaltige Vermehrung des Materiales in den letzten zwei Jahrzehnten ist die romanistische Forschung von der Stadtrechtsgeschichte zur Reichsrechtsgeschichte vorgeschritten und die seit Mitteis' grundlegendem Werke diesem höheren Ziele geschichtlicher Rechtswissenschaft zustrebenden Einzeluntersuchungen mehren sich in erfreulicher Weise. Unter den im Augenblicke der Lösung harrenden und m. M. auch fähigen Fragen haben mich in der letzten Zeit zwei besonders angezogen: die nach Bedeutung und Ursprung der ägyptischen Gestellungsbürgschaft und die Frage nach dem Ursprunge des Dualismus von schriftloser Ehe und Schriftehe im syrisch-römischen Recht. Beide sind in der neueren Litteratur im Sinne einer Einwirkung des römischen Rechtes entschieden worden, die erste von Wenger in seinen anerkanntermaſsen ausgezeichneten und ungemein anregenden „Rechtshist. Papyrusstudien“, die zweite von Bruns in seinem bekannten Commentar. Wiederholte Beschäftigung mit den Executivurkunden hat mich zu einer anderen als der von Wenger vorgeschlagenen Bestimmung der ägyptischen Gestellungsurkunden geführt und die Anwendung der vergleichenden Methode auf dem Gebiete des Eherechts zu einem der Bruns'schen Lehre diametral ent-

gegenstehenden Resultat. Die Ergebnisse dieser Studien habe ich in den vorliegenden drei Capiteln darzulegen versucht. Mögen sie von den berufenen Beurtheilern und insbesondere von dem hochverehrten Meister, dessen Rath und Lehre mir zuerst den Weg zur rechtshistorischen Erkenntniss gewiesen hat, als der Ausdruck ernsten Bestrebens erkannt werden, an der Lösung der neuen Aufgaben der romanistischen Wissenschaft werkthätig mitzuarbeiten!

Wien im December 1902.

Der Verfasser.

I. Capitel.

Executivclausel und beneficium excussionis.

Der neueren romanistischen Forschung ist es gelungen, für so manchen in den Gesetzbüchern Justinians begegnenden Rechtssatz den Ursprung in den Provinzialrechten der östlichen Reichshälfte nachzuweisen; für das durch die vierte Novelle eingeführte Beneficium excussionis, bei welchem der Gedanke an ein provinzialrechtliches Vorbild gewiss sehr nahe liegt, ist die Frage nach der Quelle bisher noch nicht untersucht worden.

Im Nachstehenden soll der Versuch unternommen werden, die Geltung des beneficium excussionis im ägyptischen Bürgschaftsrecht der römischen Kaiserzeit zunächst aus dem die Executivurkunde beherrschenden Princip der Liquidität zu erschliessen. Bereits früher habe ich auf den Zusammenhang zwischen Executivclausel einerseits und Gefahrtragung sowie Compensation andererseits hinweisen und constatiren können, dass die Executivclausel den Ausschluss der Compensation und Ueberwälzung der Gefahr auf den Schuldner bedingt.[1]) Für die damals als sichere Executivurkunden bezeichneten Verträge über Darlehen, Pacht (Miethe), Depositum, Dos ergab sich auch als weiteres Liquiditätserfordernis, dass die Garantieclausel einer obligatio auf certa pecunia resp. eine Quantität sonstiger vertretbarer Sachen hinzugefügt sein müsse[2]); hierbei waren aber die Kaufverträge, in welchen die Worte *καθάπερ ἐκ δίκης* wiederholt, aber nicht in Verbindung mit *„πρᾶξις“ (πράττειν)* begegnen, von

---

[1]) Ztschr. der Sav.-St. Rom. Abth. XXI. Bd. pag. 375 ff. — [2]) a. a. O. p. 376 Anm. 1.

der Einbeziehung unter die echten Executivurkunden ausgenommen worden, da der Umstand, dass gerade diese im sprachlichen Ausdrucke abweichenden Executivurkunden dem in den sonstigen Urkunden zu Tage tretenden Liquiditätsprincip nicht immer entsprechen, einen Aufschub der definitiven Entscheidung über die rechtliche Bedeutung des *καθάπερ ἐκ δίκης* in den Kaufverträgen für geboten erscheinen liess.

Auch bei den auf die Constatirung der Wirksamkeit des beneficium ordinis abzielenden Darlegungen ist Grundvoraussetzung, dass die Executivclausel bei Bürgschaftsverpflichtung sich vermöge des Liquiditätsprincips mit Zulässigkeit des beneficium excussionis nicht vertrage und bei thatsächlicher Geltung des letzteren diese Incompatibilität in dem urkundlichen Materiale irgendwie zum Ausdruck kommen müsse; die consequente Durchführung des Princips der Wechselstrenge hat in Litteratur und Gesetzgebung über Wechselrecht dazu geführt, dem Avalisten, „der wie der Hauptschuldner nach Wechselrecht (und mit seiner Person) haftet“ die Rechtswohlthaten des Bürgen abzusprechen[1]) und es ist daher a priori die Vermuthung nahegelegt, dass es in Aegypten auf dem analogen Gebiete der Executivclausel ebenso gehalten wurde, wenn daselbst das nachmals im justin. Recht anerkannte beneficium excussionis wirklich in Geltung gestanden ist. Eine diesbezügliche Untersuchung setzt aber voraus, dass das Liquiditätserforderniss, soweit Compensation, Gefahrtragung und Object der Obligation in Betracht kommen, vollkommen sichergestellt und ausser jedem Zweifel sei; bezüglich der Compensation waren in den Urkunden selbst deutliche Angaben enthalten, welche eine Erklärung der scheinbaren Ausnahmen ermöglichten; für die Gefahrtragung sollen im Folgenden einige Ergänzungen über die griechische Executivclausel gegeben werden. Eine eingehende Prüfung der *καθάπερ ἐκ δίκης*-Clausel in den ägyptischen Kaufverträgen ist heute selbstredend nicht mehr zu umgehen und wie ich meine, in dem unserem Postulate entsprechenden Sinne zu führen.

Es sei zunächst darauf hingewiesen, dass das in Aegypten

---

[1]) S. Grünhut, Handbuch des Wechselrechts Bd. I pag. 221, insbes. Anm. 8.

bezüglich des periculum nachweisbare Princip vollkommen gewahrt ist in den bekannten Urkunden von Arkesine und hier in einer Weise zum Ausdruck kommt, welche an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig lässt. Dies gilt sowohl von der Schuldurkunde über das Darlehen des Praxikles (Bull. de corresp. héll. VIII p. 23ff.), als auch von der über das *δάνειον* des Alexandros[1]); letztere ist hier unter Berücksichtigung eines von Dümmler (Athen. Mitth. des deutschen arch. Inst. XI. p. 107f.) publicirten Inschriftenfragmentes zu verwerten, welches von Szanto[2]) zuerst als Theil der amorginischen Schuldurkunden erkannt wurde.

Die sofortige Exequirbarkeit wird in beiden Urkunden nicht rücksichtlich der principalen Obligation stipulirt; die letztere erscheint vielmehr durch eine Generalhypothek an dem gesammten Vermögen der Bürger und Metöken von Arkesine gesichert.[3]) Die Forderungen, bezüglich deren die *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* gewährt wird, haben durchwegs pönalen Charakter; sie wird als zulässig erklärt rücksichtlich des bei nicht pünktlicher Ablieferung der Zinsen von Seiten der *ταμίαι* zu zahlenden *ἡμιόλιον* resp. *διπλάσιον*[4]), sodann in Ansehung der vor der *πόλις* zu leistenden Conventionalstrafe, wenn Capital oder Zinsen nicht innerhalb sechs Monaten nach Kündigung resp. Fälligkeit an den Gläubiger abgeführt werden[5]) und endlich bezüglich der Strafe von einem Talent, in welche jeder Bürger oder Metöke verfällt, der den Gläubiger oder einen Cessionar desselben an der Executionsvornahme behindert[6]). Executionsobject bildet, je

---

[1]) *Ἀθήναιον* X p. 536 n. 9. — [2]) „Zu den amorginischen Staatsschuldurkunden“ in Arch. epigr. Mitth. aus Österr. XII p. 74ff. — [3]) s. Bull. de corr. hell. a. a. O. p. 23 Z. 7ff. . . *ὑπέθετο δὲ Πραξικλῆς τὰ τ(εκ)οινὰ τὰ τ(ῆ)ς πόλεως ἅπαντ(α κ)αὶ (τ)ὰ ἴδια τὰ Ἀρκεσινέων καὶ τῶν οἰκούντ)ων ἐν Ἀρκεσίνηι ὑπάρχ(ειν) ἔγγαια καὶ ὑπερπόντια.* Szanto a. a. O. p. 75 Z. 6ff. — [4]) Bull. a. a. O. Z. 10ff. . . . *ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶσιμ, πρακτοὶ ἔστων Πραξικλεῖ οἱ μὴ ἀποδόντες τὸ ἀργύριον ἐκ τῶν ἰδίων πράξει πάσηι καθάπερ ἐγ δίκης* . . Szanto l. c. Z. 12ff. — [5]) Bull. Z. 24ff. . . . *καὶ ἐξέστω πράξασθαι Πραξικλεῖ ταῦτα τὰ χρήματα πράξει πάσηι ἐκ τῶν κοινῶν τ(ῶ)ν Ἀρκ(ε)σινέων πάντων καὶ ἐκ τῶν ἰ)δίων τῶν Ἀρκεσινέων καὶ ἐ(κ τῶν) οἰκούντων ἐν Ἀρκεσίνηι . . . . . καθάπερ δίκην ὠφληκότων* . . . . . . — [6]) Z. 36 . . *π(ρακτ)ὸς ἔ(στω) τοῦτο τὸ ἀργύριον (κ(αθάπερ ὠ)φληκὼ(ς) δίκημ Πραξικλεῖ* . . . . *Ἀθήναιον* l. c. Z. 13ff. *ἐξ ούλης).*

nachdem es sich um Schuld einer Einzelperson oder des Staates handelt, das gesammte Vermögen der Einzelperson resp. der ganzen Bevölkerung von Arkesine.

Die nothwendige Voraussetzung sofortiger Exigibilität der Conventionalstrafen ist Ueberwälzung der Gefahr auf den Schuldner bezüglich der principalen Darlehensobligation. In beiden Urkunden ist nun, wiewohl es sich um ein gewöhnliches Darlehen handelt, eine Bestimmung aufgenommen, welche den Uebergang des periculum omne auf den Schuldner statuirt; Praxikles leiht die drei Talente *ἀκίνδυνον παντὸς κινδύνου* und in dem Dümmler'schen Fragmente werden die Ueberreste in Z. 2f. von Szanto *τάλαντα δύο καὶ μνᾶς τριάκοντα] ἀ[κίνδυνον παντὸς κινδύνου* richtig ergänzt.

In dem bekannten Psephisma der Dyaleer aus dem Jahre 300/299 p. Chr. (C. I. A. II 600) handelt es sich um Abschluss eines Pachtvertrages zwischen der Phratrie und einem Privaten über ein der Ersteren gehöriges Grundstück. Es werden dem Pächter über die Art der Bewirthschaftung eine Reihe bindender Vorschriften ertheilt und derselbe insbesondere angewiesen, die Weinstöcke alljährlich zweimal zu bewässern, die nicht bewachsenen Strecken des Pachtlandes mit Getreide zu besäen und bezüglich des Brachlandes sich keinerlei Säumniss zu Schulden kommen zu lassen; strenge verboten wird ihm, das eine Pertinenz des Grundstückes bildende Inventar irgendwie anzutasten oder das mitverpachtete Gebäude niederzureissen. Der in zwei halbjährigen gleichen Raten zu zahlende Pachtschilling wird mit 5100 Drachmen festgesetzt und (nach den hier nicht vollständig erhaltenen Worten der Inschrift) Z. 14ff. hinzugefügt, das Grundstück solle sein:

. . . . ατε]
λὲς καὶ ἀνε[πι]τίμ[ητο]ν . . . . . τ . . . . κ . .
νέον καὶ πολέμιαν, ἐπ . ο . . . κα . φ . . . .]
στρατοπέδ[ο]υ καὶ τελ[ῶ[ν] . . . . τ . . . κ[. .]
α[ὶ τῶ]ν ἄλλ[ω]ν ἁ[π]άν[τω]ν . . . . . .

Von grösserer Bedeutung für die rechtsgeschichtliche Untersuchung ist die Inschrift geworden durch die im § 7 aufgenommene Bestimmung, welche den Verpächtern für den Fall, als der Pächter das Pachtobject nicht auf die im Phra-

triebeschlusse decretirte Art bewirthschaftet (§ 4) oder den Pachtschilling nicht pünktlich bezahlt, das Recht einräumt, die Enechyrasie *πρὸ δίκης* vorzunehmen und das Grundstück an einen beliebigen Dritten zu verpachten, wobei gleichzeitig des Bestandes einer persönlichen Verpflichtung zur Bezahlung des restlichen Pachtzinses und des durch Niederreissen des Gebäudes sowie Beschädigung des Inventars entstandenen Schadens gedacht wird (Z. 32ff: *ἐὰν δε μὴ ἀποδιδῷ τὴν μίσθωσιν ἐ[ν] τοῖς χρόνοις τοῖς γεγραμμένοις ἢ μὴ ἐργάζηται τὸ χωρίον κατὰ τὰ γεγραμμέ[ν]α ἐξεῖναι τοῖς φρατριάρχοις καὶ Δυα[λεῖ]σιν ἐνεχυράζειν πρὸ δίκης καὶ μισθῶσαι ἑτέρῳ τὸ χωρίον ᾧ ἂν βούλ[ω]νται[ι κ]αὶ ὑπόδικος ἔστω Διόδωρος ἐὰν τι π[ρος]οφείλει τῆς μισθώσεως ἢ καθέλε[ι τ[ι τ]ῆς οἰκίας ἢ κόψει τι τῶν ἐκ τοῦ χωρίου.* Diese Urkunde ist von Mitteis[1]) unter die Executivurkunden eingereiht worden; sie unterscheidet sich von den ägyptischen Pachtverträgen mit Garantieclausel in mehrfacher Hinsicht; während in der letzteren die *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* lediglich zu Gunsten der Pachtschillingsforderung eingeräumt ist und als Executivobject stets die Person und das gesammte Vermögen des Verpflichteten bezeichnet wird, ist hier die *ἐνεχυρασία πρὸ δίκης* zu Gunsten des Anspruchs auf Zahlung des Pachtzinses und das *ἐργάζεσθαι κατὰ τὰ γεγραμμένα* — worunter wohl ein positives Handeln im Sinne des § 4 des Vertrages gemeint sein dürfte — stipulirt. Sodann ist das Object der Enechyrasie nicht deutlich genug bezeichnet und es kann zweifelhaft sein, ob als solches das ganze Vermögen des Schuldners[2]) oder ausschliesslich das verpachtete Grundstück[3]) gedacht ist. Diese Divergenzen fallen jedoch hier

[1]) Reichsrecht und Volksrecht pag. 406f. — [2]) So Neubauer, Ueber eine jüngst gefundene attische Pachturkunde (aus Olymp. 120, 1) p. 35, der das Fehlen einer speciellen Bestimmung über das Pfandobject dahin erklärt, dass eine solche überflüssig war, da der Eigenthümer selbstverständlich an jedem Vermögensobject, das sich im Besitze des Pächters befand, sein Pfandrecht ausüben konnte. — [3]) So Mitteis' a. a. O. richtigere Interpretation, der sich auch Béauchet, le droit privé de la république Athénienne Bd. IV pag. 441 anschliesst; aus ihr erwächst freilich ein nicht zu unterschätzendes Argument gegen die Auffassung unseres Pachtvertrages als Executivurkunde. S. weiter unten p. 8.

nicht so sehr ins Gewicht, zumal die späteren Ausführungen [1]) ergeben werden, dass bezüglich des Gegenstandes der Obligation in Executivurkunden bei voller Wahrung des leitenden Princips der Liquidität eine Erweiterung über den Umfang hinaus, auf welchen die ägyptischen Darlehens- und Pachtcontracte hinweisen, zu statuiren ist, durch welche auch unser Fall gedeckt erscheint. Von grösserer Importanz ist aber die Differenz bezüglich der Vertheilung der Gefahr. In den ägyptischen Pachtcontracten findet ausnahmslos Ueberwälzung des periculum auf den Schuldner statt; für unsere Urkunde aber nimmt die herrschende Ansicht einen völlig entgegengesetzten Standpunkt ein, soweit die Bezahlung des Pachtschillings in Kriegszeiten, welche ordnungsmäfsige Bewirthschaftung des Pachtlandes unmöglich machen, in Frage kommt. Thalheim[2]) ist der Ansicht, es hätten die oben citirten Zeilen 14ff. eine Vereinbarung enthalten, welche in Analogie zum emphytheulischen Vertrage von Heraklea (CIG III n. 5774)[3]) den ganzen Pachtschilling erliess oder wenigstens, wie im Pachtvertrage CIG I n. 93 = CIA II 1055[4]) theilweise remissio mercedis gewährte und Béauchet[5]) geht noch weiter, indem er das, was im Pachtvertrage von Aixone und in der tabula Heracleensis als specielle Vertragsbestimmung erwähnt wird, vermöge der in unserer Urkunde enthaltenen analogen Festsetzung als allgemein giltiges griechisches Recht verkündet. Indes sind diese die

---

[1]) S. unten pag. 17ff. — [2]) Hermann Thalheim, griech. Rechtsalterthümer pag. 85 Anm. 4. — [3]) tab. I Z. 104ff. ... *αἰ δὲ χ' ὑπὸ πολέμω ἐγϝηληθίωντι ὥστε μὴ ἐξῆμεν τὼς μεμισθωμένως καρπεύεσθαι, ἀνέῶσθαι τὰν μίσθωσιν, καθὰ κα τοὶ Ἡρακλεῖοι διαγνῶντι, καὶ μὴ ἦμεν ὑπολόγως μήτε αὐτὼς μήτε τὼς πρωγγύως τῶν ἐν τᾷ συνθήκᾳ γεγραμμένων.* — [4]) Z. 12ff. ... *ἐὰν δὲ πολέμιοι ἐξείργωσι ἢ διαφθείρωσι τι εἶναι Αἰξωνεῦσιν τῶν γενομένων ἐν τῷ χωρίῳ τὰ ἡμίσεα.* Es verwandelt sich also der Pachtvertrag in eine colonia partiaria. — [5]) a. a. O. IV p. 172 bespricht die in der vorigen Note citirte Stelle aus dem Pachtvertrag von Aixone und fährt fort: 'Le bail de la phratrie des Dyaliens renfermait une disposition analogue, autant du moins qu'on peut en juger en égard au mauvais état de l'inscription. On peut généraliser ces dispositions et en conclure, qu'il y a lieu à reduction ou à remise du fermage si la jouissance du fermier est entravée par un fait de guerre.'

hervorgehobene Differenz zwischen ägyptischen und altgriechischen Executivurkunden begründenden Ansichten keineswegs zutreffend. Die Lücke bezieht sich nicht auf die Bezahlung des Pachtschillings; es werden hier vielmehr und zwar in Uebereinstimmung mit in anderen Pachtcontracten begegnenden Clauseln[1]) Vereinbarungen über die Bezahlung der ausserordentlichen Vermögenssteuer *(εἰςφορά)* getroffen. Die in zwei Contracten (wovon übrigens nur der eine ein Pachtvertrag in e. S. ist) getroffene Abrede gestattet selbstredend nicht, die remissio mercedis auch da zu supponiren, wo die Contrahenten derselben keine Erwähnung thun und die bezüglich der öffentlichen Abgaben hier aufgenommene Vertragsbestimmung berechtigt nicht auch rücksichtlich der privatwirthschaftlichen Leistungen einen (theilweisen oder ganzen) Erlass in Kriegszeiten anzunehmen. Der Pächter trägt also hier die volle Gefahr.

Aber abgesehen davon verdienen die Stimmen, welche sich gegen die Gleichstellung des *ἐνεχυράζειν πρὸ δίκης* mit dem *πράττειν καθάπερ ἐκ δίκης* aussprechen, Beachtung und Zustimmung. Ich würde mich damit begnügen, bezüglich der sprachlichen Auffassung der Worte *πρὸ δίκης* auf (die hier vollkommen zutreffende) Erläuterung Béauchets[2]), welcher dieselben richtig mit 'avant le jugement' wiedergiebt, zu verweisen, wenn nicht neuerdings Mommsen[3]) in der Auslegung eines bei Dionysius (VII 26) erhaltenen Berichtes über eine Verhaftungsscene eine Synonymität derselben mit den Worten *καθάπερ ἐκ δίκης* annehmen würde. Die hier in Betracht kommenden Worte des Historikers lauten: *οἱ μὲν δὴ προςήεσαν ὡς ἐπιληψόμενοι τοῦ ἀνδρὸς, οἱ δὲ πατρίκιοι δεινοὶ ἡγεσάμενοι τοὖργον, ὑπὸ τῶν δημάρχων πρὸ δίκης ἄγεσθαι τινα σφῶν βίᾳ, προὖστησαν τοῦ Μαρκίου.* Mommsen führt diese Erzählung als Beleg dafür an, dass im römischen Strafrecht die Untersuchungshaft der Damnation gleichgeachtet wird und stellt dieselbe mit dem Berichte des Livius 57, 5, in welchem thatsächlich von dem 'pro damnato

[1]) CIG I 938 Z. . *καὶ ἐὰν τις εἰσφορὰ ὑπὲρ τοῦ χωρίου γίγνηται εἰς τὴν πόλιν Αἰξωνεῖς εἰσφέρειν* — CIG I 103 Z. . . *ἐὰν δὲ τις εἰσφορὰ γίγνηται ἀπὸ τῶν χωρίων τοῦ τιμήματος τοὺς δημότας εἰσφέρειν.* — [2]) a. a. O. IV pag. 441. — [3]) Röm. Strafrecht p. 328 Anm. 4.

in vincula duci' des in die Untersuchungshaft Abgeführten die Rede ist, auf eine Linie. Es scheint mir aber hier nicht anzugehen, die bei Livius zu Tage tretende Auffassung in den Dionysiustext hineinzutragen. Die Didot'sche Ausgabe übersetzt in der That ganz richtig 'patricii facinus intolerandum rati, aliquem sui ordinis a tribunis ante causae dictionem vi abripi, pro Marcio se illis opposuerunt'. Hinzuzufügen wäre noch, dass auch im Recht von Gortyn die das Gewaltverbot im Sclavenprocess aussprechenden Einleitungsworte: *ὅς κ' ἐλευθέρο ἢ δόλο μολε ἀμπιμολεῖν, πρὸ δίκας μὴ ἄγειν,* von allen Uebersetzern übereinstimmend mit „vor dem Rechtsstreit"[1]), oder „vor der richterlichen Entscheidung[2]) wiedergegeben werden. Ein Grund, von dieser wörtlichen Uebersetzung in unserer Urkunde abzugehen, ist nicht vorhanden, dieselbe bedingt aber einen anderen, als den bei Gleichstellung des *πρὸ δίκης* und *καθάπερ ἐκ δίκης* sich ergebenden Sinn.

Das *ἐνεχυράζειν πρὸ δίκης* weist auf eine der Pfändung nachfolgende richterliche Entscheidung hin, welche die Rechtfertigung derselben bildet; es handelt sich hier nicht wie bei der *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* um die Realisirung eines keiner processualer Klarstellung bedürfenden Anspruches; in der Gestattung der Enechyrasie vor der richterlichen Entscheidung ist vielmehr eine Provisorialmafsregel zu erblicken, welche in unseren einstweiligen Verfügungen ein Analogon hat. Bei dieser Deutung erst kommt Mitteis' Auffassung, welche das Grundstück selbst als Executionsobject betrachtet, zu voller Wirkung; wir begreifen so, warum hier Gegenstand der Enechyrasie eine dem Verpächter selbst eigenthümlich gehörige Sache ist, es erklärt sich auch die hiedurch bedingte Differenz bezüglich der Realisierung des Pfandrechts, die in unserem Fall begreiflicherweise nicht, wie dies für die übrigen Executivurkunden feststeht, durch Distraction, sondern Verpachtung des Pachtgrundstückes stattfinden muss und die Gewährung der Enechyrasie für Fälle, wo *δίκη ἀγεωργίου* und *ἀμελίου*[3]), also Klagen mit praktisch

---

[1]) So Bücheler-Zitelmann. — [2]) Vgl. Baunack. — [3]) Euler, de locatione, conductione atque emphyteusi Graecorum p. 22f.

complicirteren Thatbeständen, anzustellen wären; es erscheint endlich auch der Zusatz, der einen Fortbestand der persönlichen Haftung des Pächters statuirt, vollkommen gerechtfertigt.

In der in Demosthenes' Paragraphe gegen Lakritos eingelegten Urkunde handelt es sich um ein Seedarlehen, welches zwei Phaseliten von athenischen Gläubigern auf mendäischen Wein gegeben wird. Die Rückzahlung des Darlehensbetrages hat innerhalb zwanzig Tagen nach Einlangen der mit dem geborgten Gelde angeschafften Waaren zu erfolgen; gewisse durch besondere Unglücksfälle erfolgte Verluste gewähren dem Schuldner ein Abzugsrecht. (Z. 11 ff. *σωθέντων δὲ τῶν χρημάτων Ἀθήναζε, ἀποδώσουσι οἱ δανεισάμενοι τοῖς δανείσασι τὸ γιγνόμενον ἀργύριον κατὰ τὴν συγγραφὴν ἡμερῶν εἴκοσι, ἀφ᾽ ἧς ἂν ἔλθωσι Ἀθήναζε, ἐντελὲς πλὴν ἐκβολῆς, ἧς ἂν οἱ σύμπλοι ψηφισάμενοι κοινῇ ἐκβάλωνται καὶ ἄν τι πολεμίοις ἀποτείσωσι).* Zu Gunsten dieser Darlehensforderung wird das Schiff den Gläubigern verpfändet und ihnen bei nicht pünktlicher Zahlung Weiterverpfändung und Veräusserung gestattet, bezüglich des nach Distraction des Pfandes noch unbedeckt verbleibenden Restbetrages aber die *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* an dem gesammten Vermögen der Schuldner eingeräumt. (Z. 15 ff. *καὶ ἐὰν τι ἐλλείπῃ τοῦ ἀργυρίου, οὗ δεῖ γενέσθαι τοῖς δανείσασι κατὰ τὴν συγγραφὴν παρὰ Ἀρτέμωνος καὶ Ἀπολλοδώρου ἔστω ἡ πρᾶξις τοῖς δανείσασι καὶ ἐκ τῶν τούτων ἁπάντων, καὶ ἐγγείων καὶ ναυτικῶν, πανταχοῦ, ὅπου ἂν ὦσι, καθάπερ δίκην ὠφληκότων καὶ ὑπερημέρων ὄντων, καὶ ἑνὶ ἑκατέρῳ τῶν δανεισάντων καὶ ἀμφοτέροις).* Durch die von den Gläubigern hier zum Theile übernommene Gefahr ist, in dem Momente, wo die letzteren behufs Hereinbringung der durch den Pfandverkauf unbedeckten Darlehenssumme zur Execution *καθάπερ ἐκ δίκης* schreiten, der Forderungsbetrag keineswegs in unanfechtbarer Weise gegeben. Der Werth der navis exonerandae causa ausgeworfenen Waaren und die Höhe der den Feinden gezahlten Summe werden ja in vielen Fällen nur im Wege umständlichen gerichtlichen Beweises festzustellen sein.

Indess ist die Echtheit der Lakritosurkunde schon wiederholt von philologischer Seite angezweifelt worden und Szanto[1]) hat speciell auf den Urkunden von Arkesine gleichgeartete Vertragsformulare hingewiesen, welche dem Verfasser als Vorbild gedient haben mögen. In der jetzt nicht mehr ausschliesslich philologischen Frage erscheint die hier berührte Abweichung von unverdächtigen Zeugnissen geeignet, den Ausschlag zu Gunsten der Meinung zu geben, welche unsere Syngraphe als Einlage eines Grammatikers betrachtet[2]); die umfassende Kenntniss in astronomisch-meteorologischen Dingen, die in der Abfassung der Urkunde zum Ausdruck kommt[3]), kann über die hier zu Tage tretende Unerfahrenheit über die bei Executivurkunden zu beachtenden Cautelen nicht hinweghelfen. Hiezu kommt noch Folgendes: Mitteis ist der Ansicht, dass in der Frage nach der Echtheit der Lakritosurkunde dem Juristen ein mafsgebendes Urtheil nicht zukomme; nur dann erachtet er den Rechtshistoriker zur Entscheidung competent, wenn sich nachweisen liesse, dass die Aufnahme der Executivclausel jüngeren Datums sei als die Rede gegen Lakritos. Durch die Eli-

---

[1]) Anleihen griechischer Staaten I in Wiener Studien VII p. 237fg. macht insbesondere darauf aufmerksam, dass der Schlusssatz der Urkunde (*κυριώτερον δὲ περὶ τούτων ἄλλο μηδὲν εἶναι τῆς συγγραφῆς* von dem Referate in der Rede selbst abweicht. § 49 wird der Inhalt so wiedergegeben: *ἡ μὲν γὰρ συγγραφὴ οὐδὲν κυριώτερον ἐᾷ εἶναι τῶν ἐγγεγραμμένων, οὐδὲ προσφέρειν οὐδὲ νόμον οὐδὲ ψήφισμα οὔτ' ἄλλ' οὐδ' ὁτιοῦν πρὸς τὴν συγγραφὴν* und damit stimmt überein die Fassung dieser (durch Ausschliessung der Rückwirkung späterer Rechtsvorschriften ebenfalls der Liquidität dienenden) Clausel in Bull. de corresp. héll. VIII pag. 23ff. *Ἀθήναιον* X pag. 536fg.). Diese Cautel dürfte bei griech. Executivurkunden allgemein beachtet worden sein; aus diesem Grunde trete ich auch der von Mitteis l. c. pag. 414, gegen Goldschmidt (Ztschr. der Sav.-St. Bd. X pag. 363 n. 3) vertretenen Ansicht bei, dass die in der ephesischen Inschrift Dittenberger Syll. n. 344 Z. 76 erwähnten *ἐμβάσεις κατὰ πράξεις* nicht auf Grund von Executivurkunden erfolgt seien. Bemerkt sei noch, dass, wie sich aus Cic. ad Attic. V, 21 ergiebt, die die Rückwirkung späterer Rechtsvorschriften ausschliessende Vertragsbestimmung auch der Cautio des Scaptius beigefügt war. — [2]) Wachsmuth, in Rhein. Museum für class. Phil. Bd. 40 p. 301f. — [3]) Diese betont Thalheim, Hermes Bd. 23 pag. 340.

minirung des Pachtvertrages der Dyaleer, aus der Reihe der Executivurkunden, welche, wie schon Béauchet[1]) andeutet, überdies zur Folge hat, dass auch in anderen Pachtverträgen, die sofortiges Pfändungsrecht bei nichtpünktlicher Zinszahlung gewähren, die *ἐνεχυρασία* als *ἐνεχυρασία πρὸ δίκης* (d. h. im Sinne einer der Rechtfertigung durch nachträgliche richterliche Entscheidung bedürfenden Mafsregel) aufzufassen ist, sind die sicheren Zeugnisse für den Gebrauch der Executivclausel[2]) in das zweite Jahrhundert herabgerückt; ich glaube darum nicht fehlzugehen, wenn ich ungeachtet des Umstandes, dass die Bedingungen für die Entwicklung der Executivurkunden in Attika gegeben sind[3]), die Consequenzen aus Mitteis' bedingtem Urtheile ziehe.

---

[1]) a. a. O. pag. 444. — [2]) Das Material wird für griechisches Gebiet jetzt vermehrt durch eine Inschrift aus Kos (publicirt von Herzog, Koische Forschungen und Funde unter n. 9), in welcher die *πρᾶξις κ. ε. δ.* für eine bei Nichterfüllung gewisser Opferverpflichtungen zu zahlende Strafsumme stipulirt wird. (Z. 17 ff. *θυόντ[ωι] δὲ [καὶ] τοὶ ἀπο[δει]κνύμενοι πάντες ὑπὸ τ[ῶν τρα]πεζειτῶν ἢ ἄλλως πως καθίζοντες ἐπὶ τὰν τραπέζαν ἕκ[α]στος ἱεροῖν . . . κ]αὶ τὰ ⟨γε⟩γερη διδότ[ω κατὰ τὰ γεγραμμένα ἢ ἀποτινόντων τῶν] ἱερεῖ* LV *καὶ ἁ πρᾶξις ἔστω αὐτῶι καθάπερ ἐκ δίκας.* Die Inschrift gehört wohl dem ersten Jahrhundert n. Chr. an (vgl. Herzog a. a. O. pag. 45. Die vom Herausgeber a. a. O. pag. 38 als Parallelstelle citirte Inschrift CIG Sept. I 3172 (Darlehen der Nikareta) ist, wie schon Mitteis [auf dessen Ausführungen sich Herzog im Allgemeinen bezieht] bemerkt hat, keine Executivurkunde. Das gleiche gilt auch von Michel 263. Die obige Urkunde ist auch wegen der aus ihr zu gewinnenden Kenntniss über die Beziehungen der Banken zu den Heiligthümern von Interesse. — [3]) S. hierüber Mitteis a. a. O. pag. 413 f. Die für die Embateusis gewöhnlich citirten Belege sind freilich nicht alle in gleichen Mafse beweiskräftig. Dies gilt insbesondere bez. Dem. c. Apatur. XXXIII, 6 *οἱ χρῆσται κατήπειγον αὐτὸν ἀπαιτοῦντες καὶ ἐνεβάτευον εἰς τὴν ναῦν εἰλήφοτες τῇ ὑπερημερίᾳ.* Das Wort *ἐνεβάτευον* kann nämlich auch als impf. de con. aufgefasst werden (vgl. Lipsius, Von der Bedeutung des griech. Rechts pag. 30; zustimmend Hitzig, griechisches Pfandrecht pag. 82). Dass dem Pfandgläubiger das Recht der Embateusis bei Nichterfüllung der Schuld auch im Recht von Gortyn zusteht, wird jetzt allgemein auf Grund der Schlussbestimmung der ersten Tafel als gesichert angenommen; dieselbe stellt sich als eine Ausnahme der Einleitungsvorschrift I 1 f. dar, welche in allen Fällen, wo es sich um den Streit über den Besitz eines Freien oder Sclaven handelt (Status- und Eigenthumsprocess), Deduction des Streitobjectes

Wir besprechen nun die der römischen Kaiserzeit angehörigen Kaufverträge, in welchen die *καθάπερ ἐκ δίκης*-Clausel u. z. in von der stereotypen ägyptischen Urkundenform (*πρᾶξις ἔστω . . . . . . καθάπερ ἐκ δίκης*) abweichenden Verbalverbindungen aufgenommen ist; es handelt sich hiebei durchwegs um gegen den Verkäufer aus dem Titel der Gewährleistung begründete Ansprüche.[1])

untersagt. Sowohl Bücheler-Zitelmann, als auch Baunack lesen und ergänzen in I 55—II 2 *[τ]ὸν δὲ νενικαμένο κα[ὶ τὸν κα]τακείμενον ἄγοντι ἄπατον ἔμεν*; die Ersteren übersetzen: „wer den des Besiegten und den Verpfändeten wegführt, soll straflos sein". Unter dem *ὁ νενικαμένος* soll einerseits der Sclave, der Gegenstand des Eigenthumsprocesses ist, andererseits das Object des Freiheitsprocesses (ob es sich um assertio in libertatem oder vindicatio in servitutem handle) gemeint sein. Die Brüder Baunack übersetzen: „Wer den (Sclaven) vom Besiegten und wer den verpfändeten (Sclaven) wegführt, soll straflos sein", behaupten aber dennoch im Commentar p. 97: „B. u. Z. liest und übersetzt den Passus wie wir." Es ist aber offenbar nicht nur die grammatikalische Auffassung des Gen. *νενικαμένο* bei beiden eine verschiedene (B. u. Z. nehmen wohl Gen. poss. an, der seine Stütze in der Phrase I 24 *ὁ ἔχον* haben dürfte; Baunack gen. separat. entsprechend dem homerischen Sprachgebrauch), sondern auch die begriffliche Ausdehnung bei Bücheler-Zitelmann eine weitergehende. Dass die grammatische Interpretation von Baunak der B.-Z.'schen zum Mindesten gleichwerthig ist, wird Niemand bestreiten, aber ebenso sicher ist, dass dann eine ergänzende Bestimmung über jenen, der in servitutem vindicirt wird, hinzutreten muss; und auf den in possessione libertatis befindlichen, der im Processe um seine Freiheit unterlegen ist, möchte ich *κατακείμενος* beziehen (*κατακεῖσθαι* = succumbere). Wir erhalten so für die ganze Tafel einen völlig homogenen Inhalt (Sclavenprocess). Der Einwand, dass der in servitutem Vindicirte hier, wiewohl er den Process durch einen Assertor führt, als Subject behandelt wäre, fällt nicht ins Gewicht, wenn man bedenkt, dass auch die römischen Rechtsquellen bei gleicher Grundauffassung von dem in servitutem Vindicirten, als demjenigen, qui de libertate sua litigat, sprechen (vgl. Wlassak, Ztschr. für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart Bd. XII pag. 711 Anm. 19 zu Dig. 40, 12, 7, 5 (Ulp. lib. 54 ad ed.)).

[1]) Dem Schutze des Käufers gegen Angriffe dritter Personen, welche sich auf die mangelnde Dispositionsbefugniss des Käufers gründen, dient auch die Publication der Verträge; für das griech. Rechtsgebiet fehlt es hiefür nicht an Belegen (vgl. Béauchet a. a. O. Bd. III pag. 325 f.); dass dies auch in Aegypten so gehalten wurde, können wir aus der analogen Gestaltung beim Pachtvertrag annehmen. Vgl. jetzt diesbezüglich Amh. 85 (78 p. Chr.) Z. 18 ff. . . . *ἐὰν φαίνηται*

Hiebei tritt nachstehender Unterschied in der Fassung zu Tage. In der einen Kategorie verspricht der Veräusserer, dass weder er selbst, noch seine Leute jemals das Recht des Käufers anfechten werden, dass er im Evictionsfalle den Käufer auf eigene Kosten defendiren werde, und verpflichtet sich bei Nichterfüllung dieser Verpflichtungen, den Kaufpreis mit dem Anderthalbfachen, sowie alle erwachsenen Schäden und Kosten sammt der festgesetzten Conventionalstrafe wie auf Grund eines Urtheils zu bezahlen *(τίνειν, ἐκτίνειν καθάπερ ἐκ δίκης)*. Dieser Typus ist bisher durch drei Urkunden aus dem zweiten Jahrhundert vertreten.

1. BGU I n. 542 (163/4 n. Chr.)

. . . μὴ ἐπιπορεύεσθαι μήτε αὐτὴν Οὐαλερίαν Σαβεῖναν μήτε ἄλλον ὑπὲρ αὐτῆς μηδένα . . . . . . Οὐαλερίαν Σαβεῖναν . . . . Ἀπολλινάριον ἀφιστάνειν παραχρῆμα τοῖς ἰδίοις δαπανήμασι . . . . [. . .] Οὐαλερίαν Σαβῖναν . . . . τῷ Ἀνουβίωνι ὅτε εἴληφεν ὡς πρόκειται παραχωρητικὸν κεφάλαιον σὺν ἡμιολίᾳ καὶ τὰ βλάβη καὶ τὰ δαπανήματα καὶ τὸ ὡρισμένον πρόστιμον καθάπερ ἐκ δίκης.

2. CPR n. 5 (168 n. Chr.).

. . . τὸν δὲ Ἀμμώνιον μὴ ἐπιπορεύεσθαι ἐπὶ τούτων μηδ' ἄλλον ὑπὲρ αὐτῶν μηδένα . . . . ἔτι δὲ καὶ ἐπελευσόμενον αὐτοὺς καὶ ἑκάτερον αὐτῶν ἀφιστάνειν παραχρῆμα τοῖς ἰδίοις δαπανήμασι . . . . . . ἢ . . . . τινύειν τὸ τῆς τιμῆς κεφάλαιον σὺν ἡμιολείᾳ καὶ τὰ βλάβη καὶ δαπανήματα καὶ τὸ ὡρισμένον πρόστιμον καθάπερ ἐκ δίκης.

3. BGU I n. 282 (175 n. Chr.)

τὴν δὲ Διδυμάριον μὴ ἐπιπορεύεσθαι ἐπὶ ταῦτα μηδ' ἄλλον ὑπὲρ αὐτῆς μηδένα . . . τὸν δὲ . . . ἐπελευσόμενον ἀποστήσιν παραχρῆμα τοῖς ἰδίοις δαπανήμασι . . . . . . ἢ . . . . . ἐκτίνειν τὴν τειμὴν σὺν ἡμιολίᾳ καὶ βλάβη καὶ δαπανήματα καὶ τὸ ὡρισμένον πρόστειμον καθάπερ ἐκ δίκης.

In der zweiten Kategorie, welche bisher nur durch eine Urkunde aus dem dritten Jahrhundert vertreten ist, verpflichtet sich der Verkäufer zur Defension *καθάπερ ἐκ δίκης*.

προτεθῆναι τῇσδε τῆς μισθώσεως ἀντίγραφον, ἐπὶ τὰς καθήκουσας ἡμέρας δέκα ὅπως μηδενὸς προσαγαγόντος ἐπίθεμα μένηι ἡμῖν ἡ μίσθωσις βεβαία ἐπὶ τὸν πενταετῆ χρόνον ἀμεθεστάτως.

BGU I n. 13 (289 p. Chr.)

τὸν δὲ . . . ἐπελευσόμενον . . . ἡμεῖς . . . . . . ἀποστήσομεν καὶ ἐκδικήσομεν παραχρῆμα τοῖς ἰδίοις ἑαυτῶν δαπανήμασι καθάπερ ἐκ δίκης.

Die citirten Belege aus den Kaufverträgen lassen deutlich den Widerspruch zu den Urkunden erkennen, in welchen die *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* stipulirt wird; in der ersten Kategorie besteht der Widerspruch darin, dass Kosten und Schäden nicht ziffermäſsig bestimmt sind, und in der dem dritten Jahrhundert angehörigen Urkunde handelt es sich nicht um ein dare einer Quantität vertretbarer Sachen, sondern um ein facere. Trotz dieser zu Tage tretenden Divergenzen möchte ich jetzt in dem *ἐκτίνειν καθάπερ ἐκ δίκης* der ägyptischen Kaufverträge nicht leicht eine leere Urkundenfloskel, wie in den Gräbermulten einer lykischen oder karischen Inschrift[1]) erblicken; es scheint mir vielmehr

---

[1]) Le Bas-Waddington, Asie mineur III. Bd. n. 1301 (CIG 4300 v) . . *ἀποτισάτω ἐπίτιμον τῷ δήμῳ . . . τῆς προσαγγελίας οὔσης παντὶ τῷ βουλομένῳ ἐπὶ τῷ ἡμίσει καθάπερ ἐκ δίκης* und l. c. n. 1639 . . . *εἰσοίσει ἕκαστος αὐτῶν εἰς τὸν κυριακὸν φίσκον ἀνὰ * μυρία, ὡς ἐκ καταδίκης . . . . . καὶ τὸ ὑπεναντίως γενόμενον ἔσται ἄκυρον καὶ οὐδὲν ἧττον μενεῖ τὰ προδηλούμενα εἰς τὰ καθωσιωμένα.* Béauchet a. a. O. p. 443 polemisirt gegen Mitteis' Gleichstellung dieser Clauseln mit der Executivclausel in den Urkunden von Amorgos und schliesst sich der Ansicht Darestes an, welcher in Ersteren „formules sans importance" erblickt. Hier scheint ein Missverständniss Béauchets vorzuliegen. Denn Mitteis a. a. O. p. 409, dessen Auffassung des *κ. ε. δ.* in der lykischen Inschrift sich mit der schon früher von Treuber, Beiträge zur Geschichte der Lykier II. Th. 11 (1888) p. 19 vertretenen deckt, lässt es ausdrücklich dahingestellt, „ob dem *καθάπερ ἐκ δίκης* hier die rechtliche Tragweite zukommt, welche ihr Verfasser zweifellos bezielt hat". Dass aber der Gebrauch der Clauseln in den Grabschriften auf die Wirksamkeit der Executivclausel in Verträgen hinweist, ist mir nicht zweifelhaft; man könnte ja vielleicht an ein criminalrechtliches Summarverfahren, wie es etwa bei der attischen *ἐπιβολή* begegnet (hierüber Meier-Schömann l. c. pag. 49) als Vorbild denken, die Fassung speciell der karischen Sepulcralmult weist aber doch eher auf ein Vertragsformular hin; so fasst wohl auch Mommsen, Röm. Strafr. p. 815 Anm. 1 die Sache auf. Vielleicht erklärt sich aus der Anwendung contractlicher Bestimmungen bei grabrechtlichen Straffestsetzungen die Correalität bei von mehreren begangener Grabverletzung in Dig. 43, 24, 15, 2 (vgl. zu diesen Stellen Mitteis, Individualisirung der Obligation p. 64 und Eisele, Arch. f. civ. Praxis Bd. 77 p. 428 f.

keinem Zweifel zu unterliegen, dass das *καθάπερ ἐκ δίκης* der Kaufurkunden in beiden hier erwähnten Verbindungen dem *πράττειν καθάπερ ἐκ δίκης* gleichzuachten ist; die historische Betrachtung des Gewährleistungsanspruches ermöglicht es, die Ausnahme in einer Weise zu erklären, welche die Regel nur bestätigt.

Es ist vor Kurzem von Rabel[1]) eingehend dargelegt worden, dass die älteste Gewährleistungsklage des römischen Rechtes (actio auctoritatis) die Verpflichtung des Mancipanten zur Grundlage hat, den Käufer in allen Rechtsstreitigkeiten, welche auf den Mangel der Berechtigung des Auctors sich stützen, zu defendiren; der gleiche Ausgangspunkt wird von ihm auch für das griechische und deutsche Recht angenommen, welch letzteres auch darin mit dem römischen Recht übereinstimme, dass es, wiewohl hier „das Recht auf Defension einen Pfeiler des Gewährenzuges bilde" eine Klage auf Defension nicht kenne.[2])

Für Aegypten scheint mir nun in der letzteren Beziehung der entgegengesetzte Zustand durch BGU n. 13 mit aller Deutlichkeit dargethan und das Zeugniss um so werthvoller, als es noch für das dritte Jhd. n. Chr. die Geltendmachung des Defensionsanspruches im Klagswege beweist. Das *ἀφιστάναι καθάπερ ἐκ δίκης* setzt nothwendig voraus, dass es ein Urtheil, eine Klage auf *ἀφιστάναι* giebt. Damit erlangt auch die schon von Rabel[3]) citirte Vertragsbestimmung in Lond. I n. 3 p. 16 (aus dem J. 145 od. 135 v. Chr.) grössere Bedeutung. Dieselbe lautet: *ἐὰν δέ τις ἐπέλθηι περὶ αὐτῶν, ἀποστήσω αὐτὸν, ἐὰν δὲ μὴ ἀποστήσωι, ἀποστήσωι ἐπάναγκον.* Zwar möchte ich auch jetzt nicht als gesichert annehmen, dass erst die ausdrückliche Unterwerfung unter die Execution die juristische Wirksamkeit des Versprechens bewirkt hätte, aber als Beleg dafür, dass es eine Execution und demgemäfs eine Klage auf Defension gegeben, möchte ich sie immerhin verwerthen.

Eine mit dem für die ägyptischen Urkunden ptolomäischer (und noch späterer römischer) Zeit nachgewiesenen Rechtszustande übereinstimmende Regelung der Geltend-

---

[1]) Haftung des Verkäufers Bd. I pag. 5 ff. — [2]) a. a. O. pag. 21. — [3]) a. a. O. pag. 53 Anm. 3.

machung des Gewährleistungsanspruches lässt sich für das attische Recht constatiren. Hier hat der Käufer, wenn von dritter Seite ein Anspruch gegen ihn geltend gemacht wird, der sich auf einen Mangel der Berechtigung des Auctors gründet, den letzteren zunächst zur Uebernahme der Vertheidigung aufzufordern; leistet der Verkäufer dem Apell keine Folge, so steht dem Käufer gegen den auctoritatem defugiens die *δίκη βεβαιώσεως* zu. In dieser letzteren Klage erblicken nun Meier — Schömann[1]) eine Klage auf Defension und Béauchet[2]) ist ihnen hierin mit Recht gefolgt; ihr Zweck ist ausschliesslich bindende Entscheidung darüber, ob der Veräusserer zur *βεβαίωσις* — Vertheidigung verpflichtet ist oder nicht.

Ich möchte mich damit begnügen, auf die Uebereinstimmung mit dem griechischen Rechte hinzuweisen: wer nicht direct eine Entlehnung aus dem griechischen Rechte für Aegypten concediren will, wird in der Analogie doch den Erklärungsgrund dafür finden, dass die Defensionsklage sich noch in ptolomäischer Zeit erhalten hat; und auch für die Thatsache des Fortbestandes derselben in einer Zeit, wo das römische Recht mafsgebenden Einfluss auf diesem Gebiete erlangt hat, scheint mir der Schlüssel zum Verständniss wesentlich in dem Umstande zu liegen, dass auch in Rom nach mehreren Aussprüchen der Quellen die Defension des Erwerbers durch den Auctor einer in ius vocatio und Litiscontestation (ex causa auctoritatis) nachfolgt.[3])

---

[1]) a. a. O. pag. 270f. — [2]) a. a. O. Bd. IV pag. 134ff. — [3]) Dass in Dig. 5, 1, 49 pr. (Paul. lib. 3 resp.) denuntiatus (venditor ab emptore denuntiatus) in 'in ius vocatus' zu ändern sei, hat Rabel a. a. O. p. 16 richtig bemerkt. Folgende Stellen kommen noch in Betracht. 1. Celsus in Dig. 21, 2, 62, 1: Si ei qui mihi vendidit, plures heredes exstiterunt, una de evictione (Lenel: auctoritate) obligatio est, omnibusque denuntiari et omnes defendere debent. Hier halte ich die Interpolation der Worte omnibusque denuntiari für sicher: eine Verbindung derselben mit debent widerspricht den Sprachgesetzen; dafür stand omnesque in ius vocari debent. Ebenso in 2. Paul. in Dig. 45, 1, 85, 5: in solidum vero agi oportet .... cum ex causa evictionis (auctoritatis) intendimus; nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt omnesque debent subsistere ... Auf der Defension vorausgehende Litiscontestation lässt sich Venul. Dig. 45, 1, 139 beziehen: Cum ex causa duplae stipulationis (Lenel: auctoritatis) aliquid intendimus, ven-

Die vorstehenden Nachweisungen werden die Behauptung, dass die καθάπερ ἐκ δίκης-Clausel im Papyrus BGU n. 13 sensu stricto aufzufassen ist, nicht ungerechtfertigt erscheinen lassen; sie führen freilich mit Nothwendigkeit dazu, den Kreis der Obligationen, bei welchen die sofortige Exequirbarkeit, wie auf Grund eines Urtheils mit vollem Erfolg vereinbart werden kann, entsprechend zu erweitern. Die πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης ist also nicht nur bei Obligationen auf ein dare einer Quantität vertretbarer Sachen, sondern auch bei solchen auf eine bestimmte Handlung anwendbar. Damit gewinnen wir eine vollkommene Analogie zu der mittelalterlichen Gestaltung der guarentigirten Urkunden, bei welchen das Liquiditätserforderniss zur gleichen, festen Begrenzung des Umfanges der Schuldverhältnisse geführt hat.[1])

---

ditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest. Die Auffassung des Fragmentes hängt von der Auslegung der beiden Ausdrücke intendimus und conveniendi sunt ab. Dass unter dem Ersteren die Formulirung der Condemnationsbedingungen zu verstehen sei, ist wohl ausser Zweifel (s. die Lexica von Dirksen und Heumann), und es wäre nur noch zu bemerken, dass das Wörtchen aliquid vermuthlich von den Compilatoren bei Anpassung der Stelle für die stipulatio duplae hinzugefügt wurde (vgl. oben Paul. Dig. 45, 1, 85 pr.). Zweifelhaft ist mir aber, ob die gewöhnliche Interpretation das Richtige trifft, wenn sie unter dem Ausdrucke in solidum conveniendi sunt die der Erhebung der actio auctoritatis vorausgehende Denuntiation versteht (nach dem oben Bemerkten wäre In ius vocatio zu substituiren), convenire bezieht sich in mehreren Stellen der Digesten auf den Abschluss der Litiscontestation (s. Dirksen s. v.) und ich möchte angesichts der sprachlichen Gleichzeitigkeit beider Ausdrücke (intendimus und in solidum conveniendi sunt) auch in unserem Fragment diese Bedeutung vorziehen. Welche Klage hier gemeint ist, d. h. worauf dieselbe gerichtet ist, ist mir sehr zweifelhaft; es ist nicht ausgeschlossen, dass sie sich ebenso wie die obcitirten Stellen von der in ius vocatio des Käufers (vgl. noch die Gleichstellung convenire ad pretium restituendum und c. ad rem defendendam bei Hermog. Dig. 21, 2, 74, 2) auf eine Defensionsklage bezieht; etwas sicheres ist nach dem Stande der Quellen natürlich nicht zu behaupten. — Unsere Auffassung von Dig. 45, 1, 139 harmonirt übrigens mit Lenels Ansicht über die intentio der actio auctoritatis (Ed. pag. 425). Dagegen Rabel a. a. O. pag. 21 n. 1.

[1]) Vgl. etwa das Statut von Padua (14. Jhd.) bei Briegleb, Executivprocess Bd. II p. 193.

Wie erklärt sich aber die Aufnahme der Executivclausel in den anderen Kaufurkunden? Wie BGU n. 13 nahelegt, einfach daraus, dass die hier für den Evictionsfall stipulirten zum Theil illiquiden Ansprüche im Laufe der Zeit an die Stelle liquider getreten sind, welche bei der hier gestatteten Verwendung der Executivclausel durch *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* gesichert zu werden pflegten. In den oberwähnten Urkunden erscheint, wie dies auch sonst üblich ist, der Ersatz des Kaufpreises, der *βλάβη* etc. nicht nur als Surrogat für die durch Klage geltend zu machende Defension, sie ist, wie bemerkt, auch bei Antastung des Rechtes des Käufers durch den auctor zu bezahlen. In diesem Fall ist nun nach den Papyri ptolemäischer Zeit lediglich eine bestimmte Summe als *ἐπίτιμον* und die Fiscalmult in voraus bestimmter Höhe zu bezahlen.[1]) Erst in der römischen Kaiserzeit ist der Ersatz der *βλάβη* und *δαπανήματα* hinzugetreten.[2])

Die in den executiven Kaufurkunden aus römischer Zeit zu Tage tretende laxere Formulirung musste unausbleiblich dann zu Complicationen führen, wenn der Evincirte die Pfändung vornahm und der Verkäufer, der die beanspruchten Kosten und die Schadensersatzforderung nur in beschränkter Höhe anerkannte, dem Käufer das Recht zur Vornahme des Pfandverkaufes bestritt. Die mittelalterliche Urkundenpraxis hat die bezüglich der Schäden und Kosten entstehende Schwierigkeit dadurch beseitigt, dass es deren verbindliche Fixirung von dem von keinem Beweise abhängigen einseitigen Ausspruche des Gläubigers abhängig macht[3]); für Aegypten lässt uns unsere bisherige Kenntniss der Stellung der Advocatur allenfalls nur vermuthen, dass die Processkosten eine annähernd vorauszubestimmende Grösse dar-

[1]) Vgl. P. Grenf. I n. 27 (109 v. Chr.); II n. 25; 28 (103 v. Chr.) und 33 (100 v. Chr.). S. auch Peyr. IV; Grenf. n. 20 (109 v. Chr.). — [2]) Eine Zwischenstufe wird durch jene Garantieversprechen repräsentirt, in welchen zu den in den ptolem. Contracten erwähnten Praestationen noch der Ersatz des doppelten Kaufpreises und der *ἀνηλωμένα διπλᾶ* kommt. S. jetzt BGU III 987 (ex 44/45) Z. 16ff. ... *ἀποτισάτω τῷ Χαιρήμονι ἥν τε ἀπείληφεν τιμὴν καὶ ἀνηλωμένα διπλᾶ καὶ ἐπίτιμον [ἀργυρίου δρα]χ(μὰς) δισχιλίας καὶ μηδὲν ἧσσον τα διωμολογημένα κυρία εἶναι* und die schon früher bekannte Urkunde BGU I n. 350 (aus der Zeit des Trajan). — [3]) Vgl. z. B. Briegleb a. a. O. p. 63.

gestellt haben[1]); aber es verbleibt auf jeden Fall in der Schadenersatzforderung ein illiquider Rest; sollen wir annehmen, dass die ägyptischen Schuldner trotz der bestehenden Illiquidität die für eine ordnungsmäfsige Executivurkunde berechneten Consequenzen ruhig über sich haben ergehen lassen? Auf ein in Fällen dieser Art stattfindendes besonderes Verfahren scheint der bekannte Erlass des Severus Alexander in Cod. Just. 8, 27 (28) 5 hinzuweisen:

> Si residuum debiti paratus es solvere praeses provinciae dabit arbitrum apud quem quantum sit, quod superest ex debito, examinabitur; et sive ad iudicem venire diversa pars cessaverit, sive oblato superfluo ad venditionem prosiluerit, improba alienatio proprietatis tuae ius non auferet.

Es sind verschiedene Versuche[2]) gemacht worden, dieses der Lehre des römischen Rechtes (in welchem Liquidität zum Pfandverkaufe nicht erfordert wird) widersprechende Rescript mit der Regel in Einklang zu bringen, ohne dass eine Einigkeit über das für die Ausnahme festzusetzende Anwendungsgebiet zu constatiren wäre. Vom historischen Standpunkt aus würde es mir als die befriedigendste Lösung erscheinen, in dem Erlasse eine Rücksichtnahme auf das Provinzialrecht[3]) zu erblicken und da die Liquidität, soweit unsere Kenntnisse reichen, bei freiwilliger Verpfändung auch z. B. für das griechische Recht als nothwendiges Erforderniss nicht nachweisbar ist, und bei Pfändung auf Grund eines Urtheils die Liquidität feststeht, so möchte ich den Erlass auf die Executivurkunde beziehen.

Auch Folgendes ist zu beachten. Im Codex Justinianeus

---

[1]) Die Anwaltskosten werden in Aegypten in einer Taxe, dem *συνηγορικὸν* entrichtet, welches die Partei, die sich des behördlich autorisirten Anwaltes bedient, an die Staatskasse zu entrichten hat (Wilcken, Ostraka I p. 302 und 306). Es ist nicht glaublich, dass der im Vindicationsprocesse unterliegende Käufer berechtigt war, einen über das *συνηγορικὸν* hinausgehenden Betrag, bez. der im Regresswege hereinzubringenden Anwaltsspesen zur Grundlage der Berechnung zu nehmen. — [2]) S. Dernburg, Röm. Pfandrecht Bd. II pag. 129 ff. und daselbst Cit. — [3]) Man beachte die Adresse: A. Sosiano.

sind uns, wie Mitteis[1]) ausgeführt, eine Reihe von Constitutionen[2]) erhalten, welche mit ziemlicher Gewissheit durch die Voraussetzung der *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* sich erklären lassen und durchwegs gegen die Zulässigkeit derselben entscheiden. Wir werden nicht fehlgehen, wenn wir annehmen, dass die Executivvornahme auf Grund illiquider Urkunden in den betreffenden Fällen dazu geführt hat, in der *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* eine Unbill zu erblicken und gegen sie die Hilfe des Kaisers anzurufen. Auf die in Folge dessen in der Praxis wieder zur vollen Geltung gelangte Erkenntniss der nothwendigen Voraussetzungen der Executivclausel wird es nun zurückzuführen sein, wenn in späterer Zeit, bei gleich gearteten Ansprüchen, wie sie die Kaufurkunden aufweisen, die auch vom Standpunkte des römischen Pfandrechts unanfechtbare Generalhypothek *καθάπερ ἐκ δίκης* tritt; so aufgefasst bilden die späteren byzantinischen Urkunden ein indirectes Zeugniss für die behauptete zweckentsprechende Gestaltung der Executivurkunde.

Ich kann die Ausführungen über die Entartung der Garantieclausel nicht schliessen, ohne zu bemerken, dass meiner Auffassung nach der Pap. Leyd. O. aus dem Jahre 89 v. Chr., lange Zeit die älteste bekannte ägyptische Executivurkunde, nicht dem Liquiditätserforderniss entspricht.

---

[1]) Mitteis a. a. O. 431. — [2]) Die letzten Erlässe gehören dem Jahre 294 an (Mitteis pag. 431, 434, 438). Mit den auf Abolition der Executivclausel gerichteten Bestrebungen der späteren Kaisergesetzgebung dürfte jener Cyclus von Verordnungen (371 bis 409) in Zusammenhang stehen, welcher dem zweifellos bestehenden Bedürfnisse rascherer Realisirung gewisser Ansprüche durch Beseitigung der ambages denuntiationum resp. des Fristenlaufes entgegenzukommen sucht. (Hierüber Wieding, Libellprocess pag. 486 ff.; Kipp, Denuntiationsprocess pag. 228 ff.; Baron, Denuntiationsprocess pag. 154 ff.; Mitteis, zu CPR n. 19 pag. 90 ff.) Die älteste (371) zu diesem Zwecke ergangene Constitution setzt die Vereinfachung des Verfahrens für liquide Schuldensachen fest (C. Th. 2, 4, 3: Exigendae denuntiationis locus non est, cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur). Auf dem Einfluss dieser Gesetzgebung wird es mit beruhen, wenn die Executivclausel im fünften Jahrhundert in unseren Urkunden nicht mehr begegnet. Das Abkommen derselben in den Pachtverträgen wird überdies durch die geänderten wirthschaftlichen Verhältnisse (Verschwinden des kleinen Bauern, Häufigkeit der colonia partiaria, Pachtverträge mit *ἐφ ὅσον βούλει*-Clausel) zu erklären sein.

Es wird hier in Z. 18ff. nach Peyrons Lesung über die dem Schuldner bei nicht pünktlicher Zahlung obliegenden Leistungen nachstehende Bestimmung getroffen:

.... Z. 18ff. *ἐὰν δε μὴ ἀποδῷ καθ[ότι] γέγραπται ἀποτεισάτω Πετειμούθης Κονούφει τὸ μὲν δανεῖον ἡμιόλιον παραχρῆμα, καὶ τοῦ ὑπερπεσόντος χρόνου τοὺς τόκους, ὡς τοῦ στατῆρος χαλκοῦ δραχμῶν ἑξήκοντα κατὰ μῆνα, καὶ τὸ βλάβος* (24) *καὶ τοῦ παρασυγγράφειν εἰς τὸ βασιλικὸν ἐ .... μων ἀργυρίου δραχμὰς τέσσαρες, καὶ ἡ πρᾶξις ἔστω Κονούφει καὶ τοῖς παρ' αὐτοῦ ἔκ τε αὐτοῦ Πετειμούθου καὶ τῶν ὑπαρχ ...... ἐκ δίκης.*

Peyron übersetzt: Si vero non reddiderit sicuti scriptum est, solvito Petimuthes Conuphidi mutuum susceptum illico et praeterlapsi temporis usuras stateras aeris drachmarum sexaginta quivis mense et multam etiam fides contractus non praestitam (Caesario) Regis .... argenti drachmas quattuor etc.

Nach dieser Uebersetzung ist die Urkunde allerdings völlig liquid; aber ich möchte die Peyronsche Auffassung, wiewohl dieselbe für meine Annahme sehr günstig ist und m. W. von keiner Seite ein Einspruch gegen ihre Richtigkeit erhoben wurde, nicht acceptiren. Es ist klar, dass in Z. 24 in fin. *ἐπ .... μων* in *ἐπιτίμ[ι]ον* zu emendiren ist; die *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* wird hier nicht bloss für Capital, Verzugszinsen *(ἡμιόλιον)* und Fiscalmult, sondern offenbar auch für über die Verzugszinsen hinausgehenden Schadenersatz stipulirt. Indess erklärt sich die Ausnahme in gleicher Weise, wie bei den Kaufurkunden, nur dass wir es hier mit einer sonst nirgends beliebten Vereinbarung zu thun haben; denn alle Darlehensurkunden aus ptolemäischer und römischer Zeit, und es sind deren jetzt viele, stimmen darin überein, dass sie nur der Verzugszinsen Erwähnung thun, was natürlich noch nicht zu der Annahme berechtigt, es sei in Aegypten zu allen Zeiten, ähnlich wie es jetzt für das österreichische Recht feststeht, die Vergütung für den Verzug durch die Zinsen geleistet worden. Die Geltendmachung eines darüber hinausgehenden Schadenersatzanspruches kann daneben sehr wohl möglich gewesen

sein, nur wird derselbe nicht, wie in dem Leydener Papyrus unter die Sanction der Executivclausel gestellt. Für die ptolemäische Periode scheint allerdings der Regel nach — darauf weisen die den Schadenersatzanspruch bei Nichterfüllung zum Unterschiede von den Urkunden römischer Zeit ausschliessenden Verkaufs- und Vergleichsurkunden hin — ein über die Verzugszinsen hinausgehender Anspruch nicht bestanden zu haben.

Es soll nun die Beachtung des Liquiditätserfordernisses bez. der Bürgschaft dargethan werden und speciell die Wirksamkeit des beneficiums excussionis aufgewiesen werden. Bürgschaft, echte Bürgschaft in Verbindung mit Executivclausel begegnet uns nur in einer einzigen Urkunde. Der Hinweis darauf, dass in anderen Verträgen aus ptolemäischer und römischer Zeit Correalhaftung stipulirt wird, die nach der bekannten Terminologie unserer Urkunden, welche die correi debendi als *ἔγγυοι ἀλλήλων εἰς ἔκτεισιν* bezeichnet, unter die Bürgschaft fällt, würde nur die Einhaltung der Cautelen bez. der Liquidität darthun, soweit aber das beneficium excussionis in Betracht kommt, zwar nicht dagegen, aber auch nicht dafür sprechen. Unser Interesse concentrirt sich daher auf die einzige Urkunde mit Bürgschaftsverpflichtung, in welcher die Correalitätsclausel nicht aufgenommen erscheint. Es ist dies der Darlehensvertrag Lond. II n. 311 (p. 219f) aus dem Jahre 149 n. Chr. Die Thaesis erklärt unter Assistenz ihres Sohnes Stotoetis, der ausdrücklich als ihr Tutor und Bürge bezeichnet wird *(μετὰ κυρίου καὶ ἐγγυ[η]τοῦ)* und in Gemeinschaft mit zwei anderen Söhnen, die wohl gleichfalls als Bürgen dem Vertrage beitreten, von der Herakleia 1200 Drachmen zu 12 % als baares Darlehen empfangen zu haben und verpflichtet sich, dasselbe im Monate Tybi des nächsten Jahres ohne Verzug zurückzubezahlen. Zur Sicherstellung für Capital und Zinsen verpfändet sie ihr gehörige Grundstücke und Sclaven und verpflichtet sich, auf die verpfändeten Objecte keinerlei weitere Hypotheken aufzunehmen, sie auch nicht zu veräussern, und keinen anderen Gläubiger vor der Herakleia zu befriedigen. Ueber die Folgen nicht pünktlicher Zahlung von Seite der Hauptschuldnerin unterrichtet Z. 14 ff.:

ἐὰ[ν μὴ ἀποτίσῃ] ἡ μητὴρ Θαή[σις τὰς] προκιμένας προθεσμία[ς] ἢ καὶ παρελκυσθέντος χρόνου ....]λον[1]) *μὴ δώ[σῃ δεῖ αὐτο]ὺς τοὺς υἱού[ς] ἐκ τοῦ ἰδίου ἀποδῶσιν. ἐὰν δε παρῇ ἢ ἀπῇ ἢ καὶ μὴ περιῇ [ἡ μητὴρ ὡσαύτ]ως γεινο[μένης τῇ Ἡρα]κλείᾳ τῆ[ς π]ράξεως ἔκ τε τῆς Θαήσεως καὶ τῶν προκιμένων υἱῶν [καὶ ἐκ πάντων τῶν αὐτ[οῖς ὑπαρχόντων κ]αθάπερ ἐκ δίκης.*

Es soll also der Gläubigerin gegen den (resp. die) Bürgen die *πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης* rücksichtlich des ganzen Vermögens zustehen, sowohl wenn die Hauptschuldnerin anwesend ist, als auch dann, wenn sie abwesend oder nicht mehr am Leben ist. Dieser Zusatz *ἐὰν δὲ παρῇ ἢ ἀπῇ ἢ καὶ μὴ περιῇ* ist es nun eben, welcher auf die Wirksamkeit des beneficium excussionis und zwar unter der gleichen Grundvoraussetzung, nach welcher es gemäss der justinianischen Novelle dem Bürgen zusteht, hinweist. Das ergiebt sich aus folgender Erwägung: Es leuchtet ein, dass bei Eintritt zumindest eines der hier angeführten Umstände (Anwesenheit, Abwesenheit, Tod) nach allgemein giltiger Vorschrift nicht die Berechtigung zu sofortiger Executionsführung gewährt ist, denn wozu bedurfte es denn sonst der hier gegebenen Aufzählung, wenn ohnehin schon nach ius commune in allen diesen Fällen die sofortige Pfandnahme *καθάπερ ἐκ δίκης* gestattet ist; also in einem Falle wenigstens muss selbe nicht erlaubt gewesen sein. Man könnte annehmen, dass der Tod der Partei die Verpflichtung des Bürgen erlöschen liess[2]); zum Tode bildet aber den Gegensatz das Leben und es wäre anstatt der Trichotomie eine Zweitheilung gesetzt. Demnach muss zum Tode ein zweiter hier genannter Fall hinzutreten und das ist der der Abwesenheit: beide stehen im Gegensatz zum Anwesenheitsfalle. Dass nun bei Abwesenheit des Hauptschuldners der Bürge befreit wird, ist nicht denkbar, wir müssen vielmehr eine Gestaltung annehmen, bei welcher im Anwesenheitsfalle der Bürge zunächst frei von der Klage und Execution, im

---

[1]) Wohl zu *κεφάλαιον ὅ]λον* zu ergänzen. — [2]) Auf dieses Moment macht Gradenwitz, Einführung in die Papyruskunde pag. 89 besonders aufmerksam.

Falle der Abwesenheit und des (ihr gleichstehenden) Todes des debitor der actio ausgesetzt ist und als solche erscheint eben jene, welche Novelle 4 als allgemeine, wenn auch durch Disposition der Parteien im concreten Falle ausschliessbare Norm[1]) constituirt hat. Im Eingange zu derselben bestimmt der Kaiser für alle im justinianischen Rechte geltenden Verbürgungsarten, dass der Gläubiger sich zunächst an den Principalschuldner halten solle; erst wenn er von demselben nicht das Geschuldete erlangen kann, sei es ihm gestattet, den Bürgen (fidejussor, Mandator oder Constituenten) in Anspruch zu nehmen. Der Kaiser führt dann aus, das eben Verordnete gelte nur im Falle, dass Hauptschuldner und Bürge anwesend sind — ein Kriterium für den Begriff der Anwesenheit ist nicht gegeben — nicht aber, wenn der erstere abwesend ist. *(...... καὶ εἰ μὲν παρόντες αὐτῷ τύχοιεν ἀμφότεροι, ὅ τε πρωτότυπος ὅ τε ἐγγυησάμενος ἢ μανδατορεύσας ἢ ἀντιφωνήσας, ταῦτα ἐκ παντὸς φυλαττέσθω τρόπου. εἰ δὲ ὁ μὲν ἐγγυητὴς ἢ ὁ μανδάτωρ ἢ ὁ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπελθὼν παρείη, τὸν δὲ πρωτότυπον ἀπεῖναι συμβαίη πικρὸν ἐστι τὸν δανειστὴν πέμπειν ἀλλαχόσε, παρὸν εὐθὺς τὸν ἐγγυητὴν ἢ μανδάτορα ἢ ἀντιφωνητήν ἐισπράττειν.*

Die vorstehende Constatirung legt es nahe, den Ursprung des beneficium excussionis in den Ordnungen des Ostens zu suchen. Wir besitzen nun in der That in den Quellen einige Andeutungen, welche die Annahme gestatten, dass der Anstoss zur Sanctionirung desselben von den östlichen Provinzen ausgegangen ist.

Im national-römischen Recht musste es schon vermöge der Form, in welcher die Bürgschaftsverpflichtung übernommen wurde, als unbestreitbare Thatsache erscheinen, dass der Bürge jedweder Art im Wesentlichen wie ein Correalschuldner hafte.[2]) Deswegen haben die römischen Juristen, auch die Institutionisten es für überflüssig gehalten, besonders auszusprechen, dass der Bürge vor dem Hauptschuldner geklagt werden könne, und so finden wir in den

---

[1]) Die dispositive Natur betont Mitteis in Hermes Bd. 34 pag. 106. — [2]) Vgl. Girtaner, Bürgschaft pag. 39ff. 73ff.

Digesten nur Anwendungen des Principes, nichts, was auf eine Polemik hiegegen schliessen lässt. Von um so grösserem Interesse sind für uns die nun zu besprechenden Entscheidungen des justinianischen Codex.

In Cod. Just. 8, 40 [41] c 5 und 19 besitzen wir zwei kaiserliche Erlässe aus den Jahren 214 und 293, in welchen ausdrücklich bestimmt wird, dass dem Gläubiger das Recht zustehe, sich je nach Belieben zunächst an den Hauptschuldner oder den Fidejussor wegen Bezahlung zu wenden, wofern nicht etwa eine gegentheilige abweichende Vereinbarung über die Ordnung bei Beitreibung der Schuld getroffen wurde und im Cod. ht. 17 wird dieser nachmals durch die justinianische Novelle derogirte Grundsatz auch auf den Fall, da Pfandbestellung stattgefunden hat, angewendet; der Gläubiger hat die Befugnis, sich omissis quoque pignoribus an den Bürgen zu halten. Dass wiederholte kaiserliche Entscheidungen über die Frage, ob das beneficium excussionis überhaupt zulässig sei, erfliessen mussten, kann nur darin seinen Grund haben, dass entgegengesetzte locale Ordnungen in einzelnen Provinzen bestanden[1]), die hier, wie so oft, mit dem reinen römischen Recht in Conflict kamen und schliesslich das Reichsrecht unter ihre Herrschaft brachten. Es ist von Bedeutung, sich den Wortlaut des Erlasses in Cod. h. t. 6. vor Augen zu halten.

> Imp. Antonius A. Potamoni. Jure nostro est potestas creditori relicto reo elegendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.

Es wird hier die Entscheidung ausdrücklich unter Berufung auf das Reichsrecht (jus nostrum) getroffen, und diese Worte werden mit Nachdruck vorangestellt. Dies zeigt doch deutlich, dass es sich hier darum handelt, den einem ausserrömischen Landesrecht in der Principienfrage entgegengesetzten Standpunkt zum Ausdruck zu bringen. Der griechische Name des Adressaten, der jetzt neuerdings in ägyptischen Urkunden als Name eines Strategen des Herakleidesbezirkes[2]), (in der Zeit zwischen 161 und 174) sowie wieder-

[1]) Für das altgriech. Recht ist die Geltung des benefic. excuss. allerdings nicht anzunehmen, s. Meier-Schömann a. a. O. p. 707. —
[2]) Vgl. BGU I 35 II (ex 161); 26 (173/174) 59 (173/174); 194 (177).

holt bei Privaten begegnet, weist auf ein Recht der östlichen Reichshälfte hin, das sich jedoch unabhängig vom altgriechischen Recht entwickelt haben müsste. Auch die Adresse des Erlasses aus dem Jahre 242 gestattet die gleiche Beziehung und bei Cod. Just. 19 ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass der Petent sich auf ein Landesrecht des Ostens berufen hat, denn der Name Sabinianus ist schon lange vor dem dritten Jahrhundert in den romanisirten Ostprovinzen im Brauch gewesen.

II. Capitel.

Beneficium excussionis und Gestellungsprivileg.

In dem characteristischen Grundzuge stimmt das beneficium excussionis des ägyptischen Rechtes mit dem justinianischen Rechte überein. Das letztere kennt aber auch eine gewisse Subsidiarität der Bürgenhaftung im Falle der Abwesenheit des Hauptschuldners. Nach der in Novelle 4 enthaltenen Vorschrift soll der Gläubiger, der berechtigt ist, den Bürgen vor dem Principalschuldner in Anspruch zu nehmen, zunächst darthun, dass letzterer die Verpflichtung auf sich genommen hat (*ἐνδεικνύτω τοίνυν τὸν ἐγγυητὴν ἢ ἀντιφωνητὴν ἢ μανδάτωρα*). Der weitere Fortgang des Verfahrens wider diesen wird nun gehemmt, wenn er sich bereit erklärt, den Hauptschuldner vor Gericht zu stellen; in diesem Falle soll ihm der die Verhandlung leitende Richter eine Frist zur Parastasis ertheilen (*καὶ ὅ γε τῷ πράγματι καθήμενος δικαστὴς διδότω καιρὸν τῷ ἐγγυητῇ ταυτὸν δὲ εἰπεῖν ἀντιφωνητῇ τε καὶ μανδάτορι βουλόμενοις τὸν πρωτότυπον ἀγαγεῖν).* Erfüllt der Bürge die Zusage, so hat der Hauptschuldner den Process zu übernehmen, der Intercessor wird aber einstweilen von der Klage entbunden und kann erst nach fruchtloser Durchführung der Execution wider ersteren zur Zahlung verhalten werden. (*. . . ἐφ' ᾧ τε ἐκεῖνον πρότερον ὑπομεῖναι τὴν ἐναγωγὴν, οὕτω δὲ αὐτοὺς ἐν καταλοίπῳ πεφυλάχθαι βοηθείᾳ καὶ ἀμυνέτω γε τῷ ἐγγυητῇ καὶ τῷ ἀντιφωνητῇ καὶ μανδάτορι πρὸς τοῦτο καὶ ὁ τοῦ δικάζειν κύριος ὥςτε αὐτὸν ἀχθέντα τῆς ἐν τῷ τέως ἐναγωγῆς ἀπαλλάξαι τοὺς ὑπὲρ αὐτοῦ διενοχλουμένους).* Lässt aber der Bürge die ihm vom Richter

verwilligte Frist fruchtlos verstreichen, ohne den Verbürgten zu gestellen, so hat er die Defension zu übernehmen und die Verbindlichkeit zu erfüllen *(εἰ δὲ ὁ χρόνος ὁ ἐπὶ τοῦτο ταχθεὶς ἐξήκοι — δεῖ γάρ καὶ χρόνον ὁρίζειν τὸν δικάζοντα — τηνικαῦτα ἢ ὁ ἐγγυητής ἢ μανδάτωρ ἢ ὁ ἀντιφωνητής ἀγωνιζέσθω τὴν δίκην καὶ τὸ χρέος ἐκτιννύτω τὰς κατὰ τοῦ ἐγγυηθέντος ἢ ὑπὲρ οὗ τὰς ἐντολὰς ἔγραψεν ἢ τὴν ἀντιφώνησιν ὑπῆλθε παρὰ τοῦ δανείσαντος ἐκχωρουμένας)*. Dieser Norm geht, wie dies auch sonst in justinianischen Novellen vorkommt[1]), eine historische Bemerkung voraus. Der Kaiser erwähnt, dass das hier zu Gunsten des Bürgen im Falle der Absenz des Hauptschuldners vorgesehene Gestellungsprivileg zuerst von Papinian eingeführt worden sei, im alten Recht aber sich nicht behauptet habe. *(οὐδέ γάρ ἦν τις ἐνταῦθα τῷ παλαιῷ νόμῳ διωρισμένη πρός θεραπείαν μεθόδος, καίτοι Παπινιανὸς ὁ μέγας ἦν ὁ ταῦτα πρῶτος ὑφηγησάμενος)*.

Es entsteht nun die Frage: Ist in Aegypten auch diese weitere Ausgestaltung des beneficium excussionis in Wirksamkeit gewesen; ist auch hier dem beklagten Bürgen die Möglichkeit eröffnet, durch Gestellung des Principalschuldners eine vorläufige Entbindung von der Klage zu erlangen? Das Untersuchungsmaterial, aus welchem das Complement, zu der vorhin als Indicium für die Rechtswohlthat der Vorausklage in Anspruch genommenen Bürgschaftserklärung, herausgefunden werden könnte, ist in den nachstehend zu besprechenden Papyrusurkunden aus römischer und frühbyzantinischer Zeit gegeben.[2])

---

[1]) Vgl. z. B. die Ausführungen Justinians in Nov. 53 praef. und deren Würdigung in Mitteis' Comm. zu CPR n. 19. — [2]) Eine Anwendung dieser Vorschrift tritt in den Motiven zur Nov. 51 (ex 557) (= Zachariae Nov. 68) zu Tage: *Ἴσμεν πρώην πεποιημένοι νόμον ἀπαγορεύοντα μηδενὶ παρρησίαν εἶναι τὰς εἰς σκηνὴν κατιούσας γυναῖκας ἐγγυητὰς εἰσπράττειν, ὡς προσεδρεύσουσι καὶ τὴν ἀσεβῆ πληρώσουσι ἐργασίαν μεταμέλου καιρὸν οὐκ ἔχουσαι. καὶ ποινὰς ἀπειλήσαντες ἐσχάτας τοῖς τὰς τοιαύτας ἐγγύας ἀπαιτοῦσι πρὸς τὸ καὶ αὐτοὺς τοὺς ἐγγυητὰς ἀνευθύνους ἀπιέναι καὶ μηδεμίαν ἐπάγεσθαι αὐτοῖς ἀνάγκην τῆς τῶν προσώπων τούτων παραστάσεως.* Gemeint ist offenbar Nov. 14 (Z. Nov. 68) ex 555 (vgl. Z. Note zum Worte *πρώην*, trotz anscheinender Unterschiede) und darum möchte ich eine Bezugnahme auf eine vor der Nov. 4 erlassene Constitution nicht annehmen.

Aus der Reihe der ägyptischen Urkunden über die Gestellungsbürgschaft ragt ein durch drei Exemplare aus dem zweiten und dritten Jahrhundert (BGU II 581 ex 133 p. Chr. Grenf. II 62 ex 211; ibid. 79 aus dem Ende des 3. Jahrhunderts) repräsentirter Typus besonders hervor. Es übernimmt in denselben ein Mann einer Behörde (dem Strategen, *ἑκατοντάρχος, καταλογιστής*) gegenüber die Garantie *(ἐγγυᾶσθαι)*, dass eine andere Person (männlichen oder weiblichen Geschlechtes)[1]) am Sitze der in der Adresse bezeichneten Behörde in Hinkunft verweilen, sowie erscheinen werde und erklärt sich weiters bereit, den Verbürgten, wann immer es von der Behörde gewünscht wird, zu gestellen, *(ὃν καὶ παραστήσω, ὁπότε (ἐ)ὰν ἐπιζητῆται* u. dgl.), im Nichtgestellungsfalle aber die wider den letzteren erhobenen Ansprüche selbst zu befriedigen.[2]) *(ἐὰν δὲ μὴ παριστῶ ἐγὼ ὁ αὐτὸς ἐγβιβάσω τὰ πρὸς αὐτὸν ἐπιζητουμένα — ἐγὼ αὐτὸς ὑπεύθυνος ἔσομαι τοῖς πρὸς αὐτὸν ἐπιζητουμένοις.)* In den beiden älteren, dem zweiten und der ersten Hälfte des dritten Jahrhunderts angehörenden Urkunden erfolgt die Verbürgung in der Form des Eides per genium principis *(ὀμνύω τὸν ἔθιμον τῶν Ῥωμαίων ὅρκον, ὀμνύω τὴν τοῦ* [Name des Kaisers] *τύχην)* in der dem Ende des dritten Jahrhunderts angehörenden in Stipulationsform unter Beibehaltung des Eides *(ὁμολογῶ ὀμνὺς τὴν τοῦ .... τύχην)*. Vereinzelt ist die Schlussklausel, (in BGU II 581), die sich auf Constatirung der Identität „durch einen Vertrauensmann, der den Bürgen kennt", oder wie eine andere Interpretation anzunehmen geneigt ist, auf die Approbation des Bürgen als idoneus bezieht. *(γνωρίζει αὐτὸν ὁ δεῖνα.)*

Dieses Formular ist im Wesentlichen beibehalten in drei Urkunden aus den ersten fünf Jahrhunderten; es treten jedoch hier zu dem Gerüste einige ergänzende Zusätze, welche für die Bestimmung ihrer Funktion zu verwerthen sein werden.

In BGU III 891 Verso aus dem Jahre 144 p. Chr., einer an den Strategen gerichteten Parastasiserklärung verpflichten sich die *οἱ γ̄ ἀπὸ κώμης* vier mit Namen genannte

---

[1]) Es ist für die folgende Beweisführung von Belang, auf diesen Umstand hier aufmerksam zu machen. — [2]) Diese Bedeutung von *ἐκβιβάζειν* steht fest durch Oxy. 260.

πρεσβύτεροι, welche als *ἐνκαλούμενοι* bezeichnet werden, zu gestellen, *ἀκουλόνθως τῷ γενομένῳ ὑπὸ σοῦ (*i. e. *τοῦ στρατηγοῦ) ὑπομνηματισμῷ τῇ ἐνεστώσῃ ἡμέρᾳ* also entsprechend einem vom in der Adresse angesprochenen Magistrate am Tage der Ausstellung dieser Erklärung erlassenen Bescheide, im Nichtgestellungsfalle versprechen sie die Uebernahme der dem Dorfältesten obliegenden Leistungen *(αὐτοὶ ὑπὲρ αὐτῶν λόγον ὑπεξόμεθα)*. Die Clausel, welche das Gestellungsversprechen enthält, entbehrt hier des Zusatzes *μονῆς καὶ ἐμφανείας* und der Garant promittirt nicht die Parastasis *ὁποτὰν* sondern *ἐὰν δὲ ἐπιζητῶνται.*[1])

2. Die jüngst publicirte Urkunde Amh. n. 139 aus dem Jahre 350 p. Chr. enthält eine 'nomination of officials'. Die Komarchen erstatten in der Eingabe auf ihre und der ganzen Gemeinde Gefahr *(κινδύνῳ ἡμῶν καὶ πάντων τῶν ἀπὸ τῆς ἡμετέρας κώμης)* einen Vorschlag wegen Besetzung verschiedener als munera bezeichneter Aemter (Komarchie, Eirenarchie, das Amt des Sitologen und *ἀπαιτητὴς ἀννώναις)*. An die Liste der nominirten Personen schliesst sich die in Stipulationsform angeschlossene Bürgschaftserklärung an: *οὕσπερ ἐγγυώμεθα καὶ παραστησόμεθα ἐξ ἀλληλεγγυίης ἀμέμπτως τὴν ἐνχιριστῖσαν αὐτοῖς λιτουργίαν ἐν μηδενὶ μεμφθῆναι. ἐὰν δέ τις αὐτῶν ἀφυστερήσῃ, καὶ μὴ παραστησόμεθα ἡμεῖς αὐτοὶ τὸν ὑπὲρ αὐτοῦ λόγον ὑπομενοῦμεν ἢ ἔνοχοι εἴημεν τῷ θίῳ ὅρκῳ καὶ τῷ περὶ τούτου κινδύνῳ καὶ ἐπερωτηθέντες ὡμολογήσαμεν.* Die Nominanten versprechen also, dass die von ihnen Präsentirten das Amt ohne jeden Tadel ausüben werden, wenn selbe aber in Verzug kommen sollten, sie zu gestellen, eventuell die den Verbürgten obliegenden Leistungen selbst zu erfüllen. In der Schlussclausel finden wir den sonst nur in BGU n. 581 begegnenden Identitätszeugen resp. (wenn die andere Deutung zutrifft) arbiter für die Tauglichkeit der Bürgen *(Αὐρήλιος Σαραπίων γνωστὴρ ἔγραψα ὑπὲρ αὐτῶν κτλ)*.

3. In BGU III n. 936 (= Arch. f. Papf. p. 408), einer bei Gott dem Allmächtigen und der salus imperatoris an das

---

[1]) Ueber diese von Wilcken (Deutsche Literaturzeitung) Bd. 23 Sp. 1142 hervorgehobene Differenz s. unten pag. 38.

Officium eines Magistrates der Eparchie Arkadien in Stipulationsform gerichteten Erklärung *(ὁμολογῶ ὀμνὺς τὸν θεὸν παντοκράτορα καὶ τὴν σωτηρίαν τῶν τὰ πάντα νεικώντων δεσποτῶν ἡμῶν)* ist zur Bezeichnung der Bürgschaft der Pleonasmus '*ἐγγυᾶσθαι καὶ ἀναδέχεσθαι*' gewählt. Von Bedeutung ist die im Objecte hierzu gegebene Charakterisirung der verbürgten Person als *βουλευτὴς ὑποβληθεὶς καὶ [ὡς] καταφυγὼν εἰς παγανικὰς συντελίας*. Im Uebrigen stimmt die Urkunde mit der typischen Form überein; der Zusatz *μονῆς καὶ ἐμφανείας* findet sich hier wieder und die Clausel, welche die subsidiäre Defensionspflicht statuirt, unterscheidet sich nur im sprachlichen Ausdrucke von der der anderen Urkunden. *(ὑπεύθυνος ἔσομαι . . . . τοῖς ἐπιζητουμένοις παρ' αὐτῷ ἀποκρίνασθαι)*.

In wesentlich synkopirter Form erscheint der in BGU II 581 zu Tage tretende Typus in Lond. II 246 aus dem Jahre 346 p. Chr. Die Erklärung des Bürgen, bei welcher hier die eidliche Bekräftigung vermisst wird, lautet einfach: *ὁμολογῶ . . . ἐνγυουμε . . . 'Αμμονιν . . . . ὡποτὰν ζητηθῇ ἐγὼ αὐτὸς . . . παραστήσω αὐτω, ὡς πρόκειται, καὶ αὐτὸς ὡμολόγησα*. Im Uebrigen entbehrt sie der Feststellung der dem Garanten bei Nichtgestellung obliegenden Leistungen; aber es ist ausgeschlossen, dass die Zahlung einer Conventionalstrafe mit der Parastasisverpflichtung alternativ in obligatione ist, denn eine solche wäre auch bei noch so nachlässiger Abfassung unmöglich ausgelassen worden; als Folge der Nichtgestellung muss daher wohl das *ἐκβιβάζειν τὰ πρὸς τὸν ἐγγυώμενον ἐπιζητουμένα* gedacht werden.[1])

---

[1]) Die gleiche Verpflichtung trifft den Bürgen in der an den *ἁγιώτατος [πρεσβύτερος καὶ γρ]αμματεὺς καὶ ἐπιστάτης* von Arsinoe adressirten Urkunde Wiener Denk. XXXVIII n. 121; denn die bei unterlassener Gestellung zugesagte Defension *(εἰ δὲ μὴ τοῦτον παραδώσομεν ὧς εἴρηται ἐπιζητούμενον ἐπιχρεωστούμενον τὰς ἀπολογείας ὑπὲρ αὐτοῖ ποιήσασθαι αὐτῇ περὶ πάντων τῶν ἐπιζητουμένων πρὸς ἡμᾶς παρ' αὐτῆς ὅσα αὐτοῦ)* involvirt, wie Wenger Rechtshist. Papyrusstudien pag. 54 richtig bemerkt, die Verpflichtung im Succumbenzfalle, die wider den Verbürgten erhobenen Ansprüche zu befriedigen. Hingegen ist in BGU I n. 323 und Oxy. I 135 (beide aus byzantinischer Zeit) eine Conventionalstrafe für den Fall der Nichtgestellung stipulirt. Fraglich ist, ob in der an den Vorsteher des Zeusgefängnisses gerichteten eidlichen Ge-

Auf welche Seite der vielgestaltigen Amtsthätigkeit der ägyptischen Magistrate sich diese Urkunden (offenbar Theile eines grösseren Actes über eine bei der Behörde geführte Sache) beziehen, ob auf ihre Funktion als Justizbehörden oder Verwaltungsorgane, dafür ist nur bei zwei derselben ein näherer Anhaltspunkt gegeben; BGU III 891 gestattet vermöge der Beziehung der zu Gestellenden als *ἐγκαλούμενοι* die sichere Beziehung auf einen Process, und in Amh. n. 139 haben wir ein deutliches Beispiel für die Gestellungsbürgschaft auf dem Gebiete der Verwaltung. Welcher Sphäre des Rechts der der ersteren Urkunde zu Grunde liegende Process angehört, ob dem Civil-, Criminal- oder Verwaltungsrecht, steht zunächst nicht fest, ebensowenig, in welchem Stadium des Verfahrens die Erklärung abgegeben wird, ob in erster oder in Appellationsinstanz.

Die überwiegende Anzahl der Gelehrten, welche unseren

---

stellungserklärung Oxy. II 259 die bei Nichterfüllung der Parastasisverpflichtung zu zahlenden zwei Goldminen als Conventionalstrafe gedacht sind, oder ob die Zahlung derselben als Erfüllung der dem reus principalis obliegenden Leistung aufzufassen ist. Lond. II 220 (ex 133 v. Chr.), das einzige erhaltene Fragment einer Parastasiserklärung aus ptolemäischer Zeit, scheint auf den ersten Blick in der Fixirung der Folgen der Nichtgestellung sowohl von den Gestellungsbürgschaften römischer wie byzantinischer Zeit abzuweichen und jeder Einordnung zu widerstreben. Aus dem im Anfange leider zerstörten Texte können wir nicht direct ersehen, wem gegenüber die Erklärung abgegeben wird; der Umstand aber, dass die Gestellungserklärung ähnlich wie in Oxy. II 259 mit vorläufiger Entlassung aus der Haft zusammenhängt (Z. 3f. *ἐκ φυλακῆς παραστήσασθαι αὐτὸ]ν $\overline{γ}$ ἡ]μέραις* legt den Gedanken nahe, dass sie einer Behörde gegenüber geleistet wird. Der Inhalt der den Garanten bei Nichtgestellung treffenden Verbindlichkeiten erhellt aus Z. 14ff. *ἐὰν δὲ μὴ παραστήσωμαι αὐτὸν ἐν ταῖς τρισὶν ἡμέραις ἀποτείσω Θεοξένῃ ἐπίτιμον χαλκοῦ τάλαντα δέκα καὶ εἰς τὸ βασιλικὸν ἀργυρίου δραχμὰς ἑκατὸν καὶ τὸ βλάβος καὶ εἶναι τὰ χειρόγραφα κυρία καὶ εἶναι χειραγώγιμον.* Sieht man näher zu, so ergiebt sich, dass der Londoner Papyrus sich mit der Formulirung der oben im Texte (pag. 29ff.) herausgehobenen Urkunden sehr wohl in Uebereinstimmung bringen lässt. Die obigen Leistungen sind offenbar identisch mit den gegen den Inhaftirten bestehenden Ansprüchen und nur eine Umschreibung der allgemeinen Clausel *ἐὰν δὲ μὴ παριστῶ, ἐκβιβάσω τὰ πρὸς αὐτὸν ἐπιζητουμένα* (BGU II 581). Man könnte der in Rede stehenden Parastasiserklärung einen Thatbestand, wie er in der Klage

Urkunden ihre Aufmerksamkeit zugewendet haben, erblicken in ihnen Processbürgschaften, welche der Ladung nachgefolgt sind. Während aber Mitteis[1]) sie als strafprocessuale ansieht, nimmt Gradenwitz[2]) eine Beziehung auf Civilverfahren an; Letzterer stellt sich das Zustandekommen dieser Erklärungen so vor: Zum Schuldner ist ein *ὑπηρέτης* behufs Ueberbringung der Klage abgesandt worden; er trifft den Beklagten zu Hause nicht an; anstatt die Ladung nochmals zu versuchen, „begnügt er sich damit, seinen Bürgen schwören zu lassen, ihn zu gestellen oder für die Verschreibung zu sorgen" (cautio alium in iure sisti). Diese beiden Ansichten vermeiden eine Angabe über die Provenienz des in jenen Urkunden verkörperten Instituts.[3]) Man ist

---

Peyron VIII. (ptolem. Zeit) begegnet, zu Grunde liegend denken. Die Parteien haben einen Vertrag abgeschlossen, in welchem sie sich verpflichten, einander in ihrem Gewerbe keinerlei Concurrenz zu machen. Der Zuwiderhandelnde hat das *ἐπίτιμον* sowie die Fiscalmult zu bezahlen und den Schadensersatz zu leisten (*προσαποτεῖσαι τὸν παρασυγγραφοῦντα τῶι ἐμμένοντι καϑ' ὃν ἂν μέρος ἢ εἶδος παρασυγγραφῆς ἢι ἐπίτιμον παραχρῆμα χν' κλ. καὶ τὸ βλάβος κατὰ τὸν νόμον καὶ ἱερὰς τοῖς βασιλεῦσι ἀργυρίου ἐπισήμου δι ..... καὶ μηδὲν ἧσσον κυρία εἶναι τὰ διωμολογημένα*). Ausgeschlossen wäre nach der regelmäſsigen Gestaltung der Verträge ein Darlehens- und ein Kaufvertrag, Letzterer soweit es sich um Geltendmachung des Evictionsanspruches handelt, da normaler Weise hier eine Verpflichtung zum Schadensersatze nicht anzunehmen ist (s. oben p. 18). Mitteis hat (Arch. f. Papf. I. Bd. p. 352ff.) zu Oxy. II n. 259 vermuthet, dass die Haft (aus welcher die Parastasiserklärung den Schuldner befreit), als Executionsmittel gegen den auf Grund einer Executivurkunde Verpflichteten angewendet werde, gleichzeitig jedoch erwähnt, es lasse sich dieselbe auch als ein vor Beginn des Processes über den Schuldner verhängter sicherstellungsweiser Arrest denken. Mit Rücksicht auf das oben über das Liquiditätserforderniss bei Executivurkunden Bemerkte werden wir für Lond. II n. 220 (pag. 6) und wenn Oxy. II 259 hiemit in eine Kategorie zu bringen ist, auch für diese Urkunde, die erstere Alternative als ausgeschlossen betrachten müssen. Vgl. zur Erklärung überdies auch Cod. Just. IX 4, 6, 3 *ὁ ἐν εἱρκτῇ βληϑεὶς διὰ χρηματικὸν ἐλεύϑερος ἀπολυέσϑω παρέχων ἐγγύας. εἰ δὲ ἀπορεῖ ἐγγυῶν τεμνέσϑω εἴσω λ' ἡμερῶν τὸ κατ' αὐτὸν καὶ ἀπολυέσϑω* ... s. dazu *'Ροπ.* 11, 5; das Vorbild dieser Verfügung bilden wohl provinziale Ordnungen.

[1]) Hermes Bd. 32 p. 658f. — [2]) Einführung in die Papyruskunde pag. 14f. — [3]) Ob ägyptischen oder griechischen Ursprungs; die An-

aber einen Schritt weitergegangen und hat unsere Urkunden unter Festhaltung des Gesichtspunktes der Processbürgschaft, als Belege für verschiedene Institute des römischen Rechts reclamirt und sohin eine Einwirkung des Reichsrechtes auf das Volksrecht auch in diesem Punkte behauptet. Zunächst hat Mommsen im 'römischen Strafrecht'[1]) diese Gestellungsbürgschaften als cautiones pro reo criminis aufgefasst und sie dem römischen Criminalprocess zugewiesen. Gegen diese Beziehung ist mit Recht Widerspruch erhoben und ausgeführt worden, dass die strafrechtliche Gestellungsbürgschaft, wie sie im römischen Recht vorkommt, sich mit dem Inhalte der ägyptischen Papyri nicht vereinigen lasse.[2]) Hiebei fällt

---

nahme einer Reception römischen Rechtes liegt diesen Ausführungen allerdings ferne.

[1]) pag. 331 Anm. 1. — [2]) S. Wengers (a. a. O. pag. 4 f.) Widerlegung auf Grund von Ulp. lib. 9 de off. proc. (Dig. 48, 3, 4). Eine strafrechtliche Gestellungsbürgschaft enthält auch Cod. Just. VIII 41 (42), 13 (pars ex epistula Gordiani). — In Cod. Just. VIII 41, 26 (Justinian) geht die Stipulation auf Uebergabe des reus principalis innerhalb einer bestimmten Frist (intra certum tempus). Bei Nichtgestellung soll dem Bürgen die bewilligte Frist, falls sie bis zu sechs Monaten betrug, um die ursprüngliche Zeitdauer erstreckt werden (aliud tantum ei indulgeri, intra quod si possit personam exhibere, poena sit liberatus); eventuell si pacti tenor (d. h. doch wohl der Stipulation) non reclamaverit, ist ihm auch die Defension des reus principalis zu gestatten. Die Strafsumme soll einstweilen nicht eingetrieben werden; stirbt jedoch der reus während der erstreckten Frist, so ist die poena doch zu zahlen. Geib (Geschichte des römischen Criminalprocesses pag. 568) bezieht die Stelle auf die die Untersuchungshaft ersetzende criminalrechtliche Gestellungsbürgschaft. Wir werden angesichts der Vermehrung der Fälle von Parastasiserklärungen in den Papyri, wenn nicht ein anderes, so doch ein erweitertes Anwendungsgebiet annehmen können. Von den bekannten ägyptischen Urkunden würden Oxy. II 259 (Stipulation einer poena) und Lond. II n. 220 (ein Fall, wo Defension gestattet ist; s. oben S. 32 Anm. 1), unter den in der Constitution vorausgesetzten Thatbestand fallen. Wenn in der ersteren der Promittent erklärt *ἐὰν δὲ μὴ παριστῶ ἐν ταῖς προκειμέναις ἡμέραις ἐκτείσω τὰ προκείμενα⟨ις⟩ τῶν χρυσίων μν[α]ιήων δύο ἀνυπερθέτως, μὴ ἔχοντος μου ἐ⟨κ⟩ξουσίαν χρόνον ἕτερον [κ]τή[σ]εσθαι* . . ., so mag hier die specielle Ausschliessung eines dem Gestellungsbürgen im Allgemeinen zustehenden Privilegs vorliegen, auf welches z. B. der „fideiussor“ in Lond. II 220 Anspruch hatte. Es würde sich daraus ergeben, dass der obcitirte Erlass Justinians nur eine Codification Jahrhunderte alten provincialen Gewohnheitsrechts ist.

m. E. nicht so sehr ins Gewicht die Differenz, welche darin besteht, dass hier die Parastasis versprochen wird *ὁπότε ἂν ἐπιζητῆται*, während der strafprocessuale Gestellungsbürge der Digesten die Verpflichtung für das Erscheinen des Angeschuldigten in einem fixen Termin übernehmen soll, maſsgebend erachte ich eher die Thatsache, dass nach Ulpians Lehre die Bezahlung einer bei Abgabe der Bürgschaftserklärung ziffermäſsig festgesetzten oder durch Landesgewohnheit resp. magistratisches Decret zu bestimmenden Strafsumme dem Nichtgestellenden auferlegt wird, nie aber, wie dies nach unseren Urkunden gemäſs dem Wortlaute derselben der Fall sein müsste und in Attika thatsächlich Rechtens war, der Bürge die den Beklagten allenfalls treffende Strafe auf sich nimmt.

Wenger[1]) bezeichnet die oben herausgehobenen Urkunden als vindexartige und stellt ihnen die anderweitigen Gestellungserklärungen der Papyri als der charakteristischen Merkmale des römischen Ladungsvindex entbehrend entgegen. Die Intervention des Vindex bei der in ius vocatio[2]) erzeugt für ihn eine Legalobligation zur Vornahme einer Processhandlung in iure, durch welche seine weiteren Verpflichtungen bestimmt erscheinen. An dem Widerstreite der Meinungen über die Construction des Ladungsvindex hat die der neueren kritischen Forschung verdankte Vermehrung des Materiales nichts geändert[3]) und in den einzelnen Re-

[1]) a. a. O. pag. 5 ff.; vgl. p. 45 ff. — [2]) Dass der Vindex auch bei der actio iudicati vorkommt, hat Wenger a. a. O. pag. 20 ff. zu Dig. 2, 8, 5 pr. treffend bemerkt. Es wäre diesbezüglich noch auf die in den Digesten unter der Rubrik 'in ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent' (2, 6) eingereihte l. 4 (Ulp. lib. 58 ad ed.) zu verweisen, bei welcher Lenel (Paling. 1373) die Beziehung auf den Vindex für möglich hält. Da die Stelle dem Abschnitte de iudicatis angehört und von einer Verpflichtung jemand in iure zu sistiren, die Rede ist, müsste sie sich auf den Vindex bei der actio iudicati beziehen. — [3]) Gauckler, Nouv. rev. hist. XIII pag. 621 ff. spricht sich gegen die Annahme einer Interpolation des fideiussor iudicio sistendi causa für vindex aus; maſsgebend ist für ihn die bekannte Stelle des Aurel. Vict. de Caes. c. 16 über die Vadimonien. Man wird indessen gut thun, ihr aus den schon von Lenel, Ztschr. der Sav.-St. Bd. II pag. 45 Anm. 83 hervorgehobenen Gründen keinerlei Bedeutung beizumessen: dass sie insbesondere nicht als Beweis für die Einführung des Contumacurtheiles

constructionsversuchen variirt die Verbindung der durch sie gebotenen Elemente in mannigfacher Weise. Nach der älteren Ansicht Lenels [1]) besteht die in iure vorzunehmende Processhandlung ursprünglich in einem dem Prätor in feierlicher Form zu leistenden Versprechen, den Beklagten an einem durch prätorisches Decret zu bestimmenden Tage zu exhibiren; in späterer Zeit trete an Stelle dieser feierlichen Erklärung formloses Versprechen an das officium des Magistrates. Im Falle, als der Vindex dem prätorischen Exhibitionsdecret nicht entspreche, stehe dem Kläger gegen ihn in späterer Zeit eine prätorische actio auf quanti ea res erit zu und gegen den Beklagten selbst werde übrigens missio in possessionem gewährt. Diese Lehre hat bis auf die jüngste Zeit in den der Vindexfrage gewidmeten Specialuntersuchungen keine Zustimmung erfahren [2]) und ist von ihrem Urheber selbst aufgegeben worden. Der Reconstructionsversuch Nabers [3]) und die neuere Lenel'sche Theorie [4]) stimmen darin überein, dass sie dem Exhibitionsdecret des Prätors eine subsidiäre Rolle zuweisen. Nach Nabers Lehre übernimmt der Vindex, solange er als solcher fungirt, überhaupt keine Gestellungsverpflichtung. Die primäre Verpflichtung desselben geht vielmehr auf Defension im technischen Sinne, d. h. Abschluss der Litiscontestation und Leistung der cautio iudicatum solvi, eventuell vorgängige Vadimoniumsbestellung wegen seines künftigen Erscheinens in iure, wenn die Verhandlung erstreckt werden oder Translation nach Rom stattfinden soll; erst wenn der Vindex die so gekennzeichnete Defension zu übernehmen sich weigere und er seine ursprüngliche Qualität verliere, werde das Exhibitionsdecret erlassen, ev. bei Nichtbefolgung des prätorischen Gebotes die actio in factum gewährt. Lenel nimmt jetzt, von einer Periodisirung völlig absehend, eine doppelte Art der Begründung an. Der Regelfall ist der der Eingehung durch gerichtliches Vadimonium, dass Beklagter (an einem in der Stipulation be-

---

unter Marc Aurel verwendet werden kann (so Baron, Denuntiationsprocess pag. 68ff.), beabsichtige ich demnächst noch besonders darzulegen.

[1]) a. a. O. pag. 43ff. darnach Edict. pag. 53ff. — [2]) Ueber die Litteratur s. Wlassak, Röm. Processgesetze I. Bd. pag. 142 Anm. 34. — [3]) Mnemosyne Bd. 21 (N. F.) pag. 371ff. — [4]) L'Édit. I pag. 74ff.

stimmten Tage) in iure erscheinen werde. Eine Intervention des Prätors tritt hier nicht zu Tage. Dieselbe greift erst ein, wenn der Vindex, welcher dem Kläger in ius gefolgt ist, es ablehnt, eine Stipulation zu schliessen oder die Parteien sich über den Inhalt des Vadimoniums nicht einigen können; in diesem letzteren Falle trete an Stelle des Parteivertrages der an den Vindex vom Prätor mittels Decretes eingehende Auftrag, den Beklagten an einem bestimmten Tage zu exhibiren.

Wenger constatirt, dass die Uebereinstimmung der ägyptischen Papyri und des Institutes des Ladungsvindex nach der älteren Lenel'schen Construction sowohl der Form als dem Inhalte nach gegeben sei. Hier wie dort sei die Erklärung an den Magistrat resp. dessen Bureaupersonal adressirt und verspreche der Gestellungsbürge zunächst die Exhibition des Beklagten, im Falle der Nichtgestellung den letzteren zu defendiren. Die Analogie trete weiter in der der Gestellung gesetzten zeitlichen Bestimmung zu Tage; wenn der Bürge der Papyri sich zur Parastasis *ὁπότε ἐὰν ἐπιζητῆται*, also nicht an einem bestimmten Termin (oder innerhalb einer gewissen Frist) verpflichte, so entspreche dies vollkommen den beim Vocationsvindex gegebenen Verhältnissen, wo der Gestellungstag erst durch prätorisches Decret festgesetzt werde. Nur vermuthungsweise äussert sich Wenger über die Schlussclausel in BGU II 581 dahin, dass selbe sich auf die Vorschrift des prätorischen Edictes über die Adprobation des Vindex durch den Magistrat selbst oder einen von diesem bestellten Arbiter beziehe; auch in BGU III 891 Verso bezeichnet er als möglichen Gegenstand der der Parastasiserklärung vorausgehenden Verhandlung die Frage nach der Zulässigkeit oder Tauglichkeit der für die beklagten Dorfältesten intervenirenden Vindices. Die Discrepanz, welche darin besteht, dass der Ladungsvindex Lenels ausschliesslich Exhibition verspricht, während der Gestellungsbürge unserer Urkunden, wie bemerkt, regelmässig die Haftung für *μονή* und *ἐμφανεία* des Verbürgten zunächst übernimmt, sucht Wenger dadurch auszugleichen, dass er die von Lenel[1]) aus dem Wortlaute des Edicts XLII, 4, 2 pr.

[1]) Edict. perp. pag. 58.

In bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defende(re)tur, iri iubebo . . .

gefolgerte positive Verpflichtung des Beklagten potestatem sui facere in die Erklärung des Vindex versetzt und durch die Worte *ἐγγυᾶσθαι μονῆς καὶ ἐμφανείας* ausgedrückt betrachtet.[1])

Ergiebt sich so für Wenger einerseits die Thatsache einer bedeutsamen Einwirkung des Reichsrechtes auf das Provinzialrecht, so ist er anderseits geneigt, anzunehmen, dass die Interpolation des Vindex durch einen fideiussor indicio sistendi causa auf den Einfluss der provinzialen Gewohnheit die Vindexverpflichtung in Stipulationsform einzugehen, zurückzuführen sei.

Wilcken[2]) findet ausgehend von BGU III 936 die Erklärung auf dem Gebiete der Polizeiverwaltung. Nach seiner Vermuthung tritt in den obigen Urkunden ein schon im zweiten Jahrhundert organisirtes Spionirsystem zu Tage, welches die gegenseitige Controlle der Bürger bezweckt; dieses diene in byzantinischer Zeit auch der Controlle über diejenigen, welche der Zugehörigkeit zum Heidenthum verdächtig erscheinen und um sich einer drückenden Liturgie zu entziehen, ihre Zuflucht zu den heidnischen Conventikeln genommen haben. In der Besprechung von Wengers Thesen hat Wilcken[3]) seine Erklärung für die Mehrzahl der Urkunden aufrechterhalten und auf die Funktion, welche der Gestellungsbürgschaft bei den so sehr zur Flucht geneigten Verwaltern der munera zukommt, neuerlich mit Nachdruck hingewiesen; nur für den Papyrus BGU III 891 Verso, welchen er mit Rücksicht auf die vorerwähnten Differenzpunkte zwischen ihm und den anderen hier in Betracht gezogenen Gestellungserklärungen als Repräsentanten eines processualen Rechts-

[1]) Dass das Versprechen von *μονή* und *ἐμφανεία* der Zusage potestatem sui facere gleichkommt, scheint mir unbedingt richtig zu sein; es ist also nicht etwa, wie das Tribunal des Richters (vgl. Oxy. 260: *ἐμφανῆ ἔσεσθαι τῷ βήματι τοῦ* . . . .) als adverbiale Bestimmung des Ortes hinzuzudenken. Das möchte ich schon jetzt mit Rücksicht auf das pag. 39 Bemerkte hervorheben. — [2]) Archiv für Papf. I pag. 408. — [3]) Deutsche Litteraturzeitung Bd. 23 Sp. 1142.

institutes anerkennen möchte, will er die von Wenger behauptete Uebereinstimmung mit der Verpflichtung des römischen Ladungsvindex nicht in Abrede stellen.

Es wird jedoch daran festzuhalten sein, darin stimme ich Wenger gegen Wilcken bei, dass sämmtliche Urkunden auf ein und dasselbe Institut sich beziehen. Wenn in BGU III 891 Verso die Determination *μονῆς καὶ ἐμφανείας* fehlt, so ist wohl in der Beifügung *ἐνκαλουμένους* der Ersatz hierfür zu erblicken, welcher die Art der Bürgschaft (*ἐγγύη* für *μονή καὶ ἐμφανεία)* unzweifelhaft erscheinen liess und die dann noch verbleibende Differenz ist gewiss zu geringfügig, um für die obige Urkunde eine abweichende Function anzunehmen; sämmtliche Urkunden[1]) sind sohin m. E. im Verlaufe eines Rechtsstreites abgegebene Gestellungserklärungen, also Processurkunden.

Wilcken ist in seiner sehr werthvollen Kritik auf die Streitfragen über den Vindex nicht eingegangen. Diesbezüglich möchten die nachstehenden Bemerkungen ergänzend eingreifen. Es ist dabei einerseits zu den verschiedenen Ansichten über Form und Inhalt der römischen Vindexverpflichtung im Formularprocess Stellung zu nehmen und zu prüfen, ob nicht gewichtige Gründe zu Gunsten einer anderen zur Comparation mit den ägyptischen Urkunden ungeeigneten Reconstruction derselben sprechen, anderseits zu erwägen, ob die justinianische Interpolation fideiussor i. s. c. für vindex nicht aus anderen als den von Wenger angeführten Motiven erklärt werden kann.

Das charakteristische Merkmal der älteren Lenel'schen Ansicht besteht wie erwähnt darin, dass die Gestellungserklärung nicht dem Kläger, sondern der Behörde abgegeben wird. Als Anhaltspunkt hierfür hat man ausser dem prätorischen Exhibitionsdecret[2]) vornehmlich eine Aeusserung des Paulus in sent. I 13a, 1 = Dig. de in ius voc. II, 4, 17 heranziehen zu können geglaubt. Der Jurist sagt hier:

> Eum pro quo quis apud officium cavit, exhibere cogitur, item eum, qui apud acta exhibiturum se esse quem

[1]) bis auf die jetzt neu hinzugekommene aus der Sammlung des Lord Amherst; aber auch diese bezieht sich auf das gleiche Rechtsinstitut. — [2]) Dig. 2, 8, 4.

promisit, et si officio non caveat, ad exhibendum tamen cogitur.

In dieser Stelle, welche bei Paulus in einem Zusammenhang erscheint, der mit dem Ladungsverfahren nichts zu schaffen hat, fand Lenel die spätere Entwickelungsstufe bezeugt. Die Einreihung des Fragmentes in den Digestentitel de in ius vocando schien wohl diese Beziehung nahezulegen. Wenger[1]) ist einsichtig genug, zuzugeben, dass die Fassung des Paulusfragmentes denn doch nicht so geartet ist, um eine Bezugnahme auf das Institut des Vindex auch nur mit Wahrscheinlichkeit annehmen zu können; m. E. ist eine solche direkt ausgeschlossen. Der Wortlaut spricht entschieden dagegen. Cavere bedeutet nirgends in den Quellen eine formlose Haftungserklärung, sondern es wird darunter immer eine Securitätsleistung durch Stipulation (Bürgenstellung, Pfandsatzung oder Pönalversprechen) verstanden.[2]) Sodann ist auch die Auffassung von cavere in dem determinirten Sinne cavere se exhibiturum esse keineswegs begründet; es muss das Wort hier vielmehr in abstractem Sinn, wonach es jedwede (promissorische) Garantie bedeutet, aufgefasst werden. Bei der entgegengesetzten Interpretation früherer Erklärer wäre ja auch dann, wenn man einen Unterschied zwischen dem apud officium cavere se aliquem exhibiturum esse und dem apud acta promittere der Exhibition concedirt[3]), der Zusatz etsi officio non caveat im zweiten Satze höchst überflüssig. Hingegen ergiebt die natürliche Auffassung des Fragmentes für denselben einen, wie ich glaube, vollkommen zutreffenden Sinn. Die Stelle besagt m. E. folgendes: Derjenige, welcher für einen anderen eine Garantie vor der Behörde übernommen hat, ist zur Exhibition desselben verpflichtet; die gleiche Verpflichtung trifft jenen, welcher zwar nicht die Garantie gegenüber dem officium übernommen, aber die Gestellung vor der Behörde apud acta versprochen hat. Welche besondere rechtliche Gestaltung der Garantieübernahme hier gemeint ist und wie sich die vorgeschlagene Auslegung mit

---

[1]) a. a. O. pag. 11. — [2]) S. Vocab. iurispr. Rom. s. v. — [3]) Ich vermag einen solchen nicht herauszufinden.

der aus anderen Quellen fliessenden Kenntniss vereinigen lässt, wird erst später dargelegt werden können.

Gegen die Beziehung der Stelle auf den Vindex spricht auch der Zusammenhang, in welchem sie in der justinianischen Compilation auftritt. Es verdient beachtet zu werden, dass die Compilatoren sie in den Titel, der die Zulässigkeit der in ius vocatio erörtert, und nicht in die Materie, welche sich mit dem fideiussor iudicio sistendi causa beschäftigt, eingereiht haben; innerhalb dieses Digestentitels das Fragment auf den letzteren zu beziehen, scheint mir ganz unzulässig. Unmittelbar vor l. 17 wird die Darlegung der Voraussetzungen, unter welchen die in ius vocatio durch den Libertus statthaft ist, zum vorläufigen Abschluss gebracht (l. 16) und die folgenden vier Fragmente (18—21) sind Erörterungen über den Rechtssatz, dass niemand de domo sua in ius vocirt werden dürfe, gewidmet. Die l. 17 hat also in der Compilation eine unmittelbare Beziehung zur Ausrichtung der ersten Ladung, nicht auf eine derselben nachfolgende Exhibition des Beklagten. Dass die Compilatoren die ursprüngliche Bedeutung der Stelle nicht erkannt haben, erscheint mir kaum glaublich, denn der wahre Sinn des Paulusfragmentes war ja gewiss durch Parallelstellen ohne besondere Schwierigkeit festzustellen; eine bewusste Aenderung der Auffassung ist aber noch weniger wahrscheinlich, da die hier angenommene Form vorzüglich zur Officialladung des justinianischen Rechtes passt.

Als wesentlich tritt zu dem Bemerkten hinzu, dass eine Erklärung an den Magistrat bei der das römische Civilverfahren im Zeitalter des Legisactionen- und des Formularprocesses beherrschenden Auffassung der jurisdictionellen Befugnisse des Prätors nicht leicht verständlich erscheint.[1]) Das Ladungsverfahren fällt in beiden Perioden ausschliesslich in die Sphäre der Parteithätigkeit und an diesem principiellen Standpunkte des römischen Rechts ändert nichts die Thatsache, dass das prätorische Edict in späterer Zeit Klagen zum Schutz des 'in ius vocans' gewährte.[2]) Be-

---

[1]) S. Pernice, Zeitschr. der Sav.-St. V pag. 28 ff., insbes. pag. 51 ff. — [2]) Gai. IV 46.

kannt ist weiter, dass auch das ganze Verfahren in iure im Legisactionenprocess in Parteierklärungen besteht, welchen der gewissermassen als Sollennitätsperson anwesende Magistrat durch seine Assistenz „den amtlichen Charakter aufprägt“, und auch im Formularprocess ist die Parteithätigkeit bei der Litiscontestation derart überwiegend, dass die römische Theorie von einem Processvertrag (iudicium contrahitur) spricht. Dazu kommt aber noch, dass das Erscheinen des Beklagten im nächsten Verhandlungstermin durch an den Kläger gerichtete Erklärung (Vadimoniumsbestellung) gesichert wird und es ist nicht einzusehen, warum bei Intervention eines Vindex nicht letzterer, sondern der Magistrat die Erklärung entgegennehmen soll.

Ein m. W. noch nicht hervorgehobenes Bedenken gegen die ältere Lenel'sche Lehre erwächst auch aus der von fast allen Gelehrten auf den Vindex bezogenen Stelle aus Paulus lib. 1 ad Plaut. (Dig. 2, 11, 10 pr.):

> Si eum iudicio sisti promisero, qui iam tempore liberatus esse dicebatur [quia iam actione forte non tenebatur], actio in me danda est, ut vel exhibeam eum vel defendam, [ut veritas inquiratur].

Hier ist von einer mit der (in Dig. 2, 8, 2, 5 erwähnten) [1]) prätorischen Klage auf quanti ea res erit concurrirenden Klage auf Exhibition und Defension die Rede. Dieselbe wird in unserem Falle gegen den Vindex zugebilligt, während sonst bei einem Befreiungsgrunde ex persona rei die Klage gegen jenen denegirt wird.[2]) Angesichts des Umstandes, dass Lenel[3]) die Beziehung auf ein Vadimonium nicht für ausgeschlossen hält, und nur die auf den Vindex (in seinem Sinne) vorzieht, sowie weiter mit Rücksicht darauf, dass diese Defensionsklage mit einer zweifellos rein prätorischen auf quanti ea res erit concurrirt, glaube ich nicht fehlzugehen, wenn ich in ihr eine actio civilis vermuthe.[4]) Wie

---

[1]) In fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti quanti ea res erit actionem dat praetor. — [2]) Dig. 2, 8, 1, 1 (Ulp. lib. 5 ad ed.): Si quis his personis, quae agere non potuerunt, fideiussorem iudicio sistendi causa dederit, frustra erit datio. — [3]) Pal. n. 1071 N. 3. — [4]) Dass es sich hier in der That um eine Civilklage handelt, wird weiter unten darzulegen versucht werden.

verträgt sich nun mit dieser actio civilis eine dem Prätor gemachte Zusage? Eine solche würde eine missio in possessionem, auch eine prätorische actio in factum, nicht leicht eine actio civilis erklären und darum nimmt auch Lenel[1]) an, dass es in älterer Zeit gegen den civilen Vindex, der seiner Stellungspflicht nicht genügte, keine Klage gab, um ihn zur Erfüllung zu verhalten.

Nabers Defensionstheorie nimmt ihren Ausgang von Dig. 2, 4, 22, 1 (Gaius lib. 1 ad legem XII lab.).

> Qui in ius vocatus est, duobus casibus dimittendus est, si quis personam eius defendet, vel si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit.

Ueber die Bedeutung, die dem Worte defendere hier zukommt, gehen die Ansichten auseinander. Naber[2]) begreift darunter, indem er die in Ulp. Dig. 3, 3, 35, 3[3]) gegebene Begriffsbestimmung zugrundelegt, die von einem procurator zu leistende Art der Vertheidigung. Lenel[4]) dagegen versteht unter dieser Defension 'le fait par le vindex mettre obstacle à l'in ius vocatio', also lediglich das Eintreten des Vindex als die den Beklagten von der Verbindlichkeit sofortiger Gerichtsfolge befreiende Thatsache. Es lässt sich leicht zeigen, dass die erstere Interpretation hier unmöglich ist; ich möchte mich dabei nicht mit Wenger[5]) darauf berufen, dass die Consequenzen derselben (die Nothwendigkeit sofortiger Litiscontestation und Leistung der cautio iudicatum solvi) in den Quellen sich nirgends angedeutet finden, sondern vielmehr darauf verweisen, dass eine derartige Auffassung, wie sie Naber entwickelt, sich ja überhaupt nicht mit der Thatsache der Befreiung des Beklagten von der Gerichtsfolge vereinigen liesse; das facere quod dominus in litem faceret und das cavere idonee kann ja nur in iure erfolgen und die dimissio wäre sohin eine Entlassung nach erfolgter ductio des Beklagten.[6])

---

[1]) Ztschr. d. Sav.-St. a. a. O. pag. 53. — [2]) a. a. O. pag. 373. — [3]) Defendere autem est id facere, quod dominus in litem faceret et cavere idonee. — [4]) L'Édit. pag. 74 N. 9. — [5]) a. a. O. pag. 11. — [6]) Für das justinianische Recht scheint mir die Naber'sche Auffassung des Wortes defendere allerdings zutreffend und unter dem in

Gegen Naber spricht sodann auch der Wortlaut der oben abgedruckten Paulusstelle Dig. 2, 11, 10 pr. Nach seiner Ansicht [1]) wird hier (lediglich) der Unterschied zwischen Vades und Vindex hervorgehoben und eben betont, dass, während ersterer nur zur Exhibition verpflichtet sei, letzterer überdies die Defension auf sich nehme; hingegen weist Wenger [2]) mit Recht darauf hin, dass die Stelle von einer actio auf exhibere vel defendere spricht, also deutlich genug die Exhibition als primären Gegenstand der Verpflichtung bezeichnet.

Nabers Defensionstheorie hat, abgesehen davon, dass nach ihr mehrere auf den Vindex bezügliche ganz allgemein lautende Bestimmungen restrictiv auf den Fall, wo das subsidiäre Exhibitionsdecret platzgreift, zu beziehen wären, noch ein principielles Bedenken gegen sich: Der Vindex wäre darnach ein Stellvertreter, der die Erfüllung des Anspruchs auf sich nimmt; da im Legisactionenprocesse nun die processuale Stellvertretung ausgeschlossen ist, müsste man entweder das Aufkommen des Vindex in spätere Zeit versetzen [3]) oder doch eine totale Aenderung seines Wesens im Zeitalter des Formularprocesses glaubhaft machen können. Indess hat schon Lenel [4]) darauf hingewiesen, dass der Vindex vermöge des altcivilen Namens, sowie aus praktischen Erwägungen dem älteren Rechte nicht fremd sein könne und auch für die zweite Alternative ist ein Anhaltspunkt nicht gegeben.

Gegen die Richtigkeit der neueren Lenel'schen Theorie erheben sich gleichfalls Bedenken. Wenger hat gegen dieselbe und zwar von dem von Lenel eingenommenen Standpunkte wohl mit Grund folgendes eingewendet: Da bei regelmässigem Vorgange der Tag des Erscheinens durch die Vadimoniumsstipulation bestimmt und die aus ihr entspringende Klage die auf die Pönalsumme gerichtete actio ex stipulatu

ius vocatus der vor dem Magistrat erschienene Beklagte gemeint zu sein; dem entspricht auch die Basilikenparaphrase, welche die Worte dum in ius venitur als überflüssig weglässt und auch die Defension in ius verlegt. Die Gaiusstelle wird hier VII, 8, 22 so wiedergegeben: *εἴτε διεκδικηθῇ εἴτε διαλυθῇ ὁ κληθεὶς ἀπολύεται.*

[1]) a. a. O. p. 374f. — [2]) a. a. O. pag. 17. — [3]) So Demelius, Ztschr. der Sav.-St. II 9ff. — [4]) Ztschr. der Sav.-St. II 48.

ist, so müssten die für den Vindex erhaltenen Bestimmungen über das Exhibitionsdecret und die prätorische actio in factum ähnlich der Naber'schen Theorie auf die in praxi nicht leicht begegnenden Fälle, dass eine Einigung über das Vadimonium nicht erzielt wird, beschränkt werden. Es muss aber zugegeben werden, dass eine derartige restrictive Auslegung durch keine Analogie gestützt wird. Gegen die bei Lenel dem Exhibitionsdecret zugewiesene Function lässt sich auch aus Dig. II, 8, 4 (Paul. lib. 4 ad ed.) ein Argument entnehmen. Die Stelle lautet:

> Si decesserit, qui fideiussorem dedit iudicio sistendi causa non debebit praetor iubere exhibere eum; quod si ignorans iusserit exhiberi vel post decretum eius ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio: si autem post diem exhibitionis decesserit aut amiserit civitatem utiliter agi potest.

Der erste Satz des Fragmentes setzt nothwendiger Weise voraus, dass der Prätor unter Umständen in der Lage ist, aus den Vorträgen der vor ihm erschienenen Personen oder auf eine andere Art den eingetretenen Tod des Beklagten zu entnehmen; man muss aber dann weiter, wie dies auch bei der älteren Lenel'schen Ansicht der Fall ist, ein gewisses spatium zwischen dem ersten Termin, in welchem Kläger und Vindex sofort nach der in ius vocatio vor dem Magistrat erschienen sind und der Erlassung des Exhibitionsdecretes voraussetzen, innerhalb dessen der reus verstorben ist. Es ist nun nicht recht glaublich, dass, wenn das Vadimonium nicht zu Stande kommt, die vom Kläger gewünschte reguläre Sollennisirung also nicht erfolgt, der Kläger wird unverrichteter Dinge abziehen wollen; viel eher ist anzunehmen, dass der Prätor, um den Trotz des Vindex zu brechen, diesem sofort die Gestellung des Beklagten auftragen wird. Man könnte vielleicht auf eine obschwebende Approbation des Vindex durch den Magistrat oder arbiter als retardirendes Moment hinweisen; die Bestimmung wäre dann für den doch etwas seltsamen Fall berechnet, dass der zunächst vom Kläger refüsirte Vindex zur Revanche die sollenne Uebernahme der Verbindlichkeit verweigert.

Das weitere Bedenken, dass nach der neueren Lenelschen Ansicht der Vindex sich von einem Vadimoniumsbürgen in der Regel nicht unterscheiden würde, fällt nicht ins Gewicht, da die von Wenger selbst hervorgehobene Differenz, dass Ersterer sich primär, Letzterer aber nur accessorisch verpflichte, wohl erheblich genug ist, um eine verschiedene Bezeichnung zu rechtfertigen.

Trotz der erwähnten Einwendungen gegen Lenels neuere Construction lässt sich vielleicht doch unter dem Gesichtspunkte des Vadimoniums bei Vornahme einiger Correcturen eine halbwegs befriedigende Vereinigung der gegebenen Elemente erzielen. Auszugehen ist bei einem neueren Reconstructionsversuche von der oben citirten Paulusstelle Dig. 2, 11, 10 pr., welche von einer actio auf Exhibition oder Defension spricht.[1]) In dieser Bezeichnung des Inhaltes der Klage liegt der Hinweis auf den hier vorauszusetzenden Inhalt des Vadimoniums, es ist nicht ein mit einer Pönalstipulation verbundenes, sondern ein solches, bei welchem lediglich das Versprechen abgegeben wird, dass jemand sich an einem bestimmten Tage gestellen werde, ohne dass die Folgen der Nichteinhaltung der Zusage in der Stipulation bestimmt werden.

Eine gewöhnliche promissio, aliquem certo die sisti konnte, da sie die Zusage eines factum alterius enthält und nemo factum alterius promittere potest, wenn man an den Wortlaut sich hält, als ungiltig angesehen werden und darum wird in der Regel der auf Erscheinen gerichteten promissio eine Pönalstipulation hinzugefügt. Die Jurisprudenz sicherte aber ihren aufrechten Bestand und ihre Klagbarkeit, indem sie das Versprechen dahin interpretirte, dass damit eine eigene Handlung des Promittenten zugesagt werde. So lehrt Ulpian in lib. 77 ad ed. (Dig. 45, 1, 81 pr.):

> Quotiens quis alium sisti promittit, nec adicit poenam, puta vel servum suum vel hominem liberum,

---

[1]) Auf ein gewöhnliches Vadimonium, wie es die §§ 1ff. behandeln, könnte sie sich wohl nicht beziehen, wohl aber auf das qualificirte Vadimonium des Vindex (s. oben Text).

quaeritur an committatur stipulatio. et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum, 'nisi steterit, poenam dari', in id quanti interest sisti, contineri. et verum est, quod Celsus ait: nam, qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum, ut stet.

Man erblickte also in der Stipulation alium sisti die Zusage, den, dessen Erscheinen versprochen wird, gestellen zu wollen; die Klage, die hier erwähnt wird, geht, wenn die Ueberlieferung richtig ist[1]), direct auf das Interesse an der Gestellung. Es galt nun auch bei der Vadimoniumsstipulation des Vindex, den ihr zu Grunde liegenden Sinn festzustellen und dieser wurde dahin bestimmt, dass der Vindex, indem er das Erscheinen des Beklagten verspreche, dessen Exhibition und Defension zusage. Deswegen wurde auch bei Nichterscheinen des Beklagten die Klage auf Exhibition oder Defension gegen den Vindex gegeben; in letzter Linie geht dieselbe auf Ersatz des Interesses, freilich, da neben der Gestellung auch die Defension als mitversprochen gilt, nicht des Interesses des Klägers an der Sistirung certo die, sondern wohl auf quanti ea res erit. Wir haben aber für den Vindex eine direct auf quanti ea res erit gerichtete prätorische Klage bezeugt. Wie ist es zu erklären, dass eine solche Klage wegen Vadimoniumbruches neben der Civilklage besteht?

Die Frage lässt sich m. E. unter Zugrundelegung der obigen Ansicht über den Inhalt der Vindexstipulation ohne Schwierigkeit beantworten und es ist hiebei auch möglich, dem Exhibitionsdecret eine passende Rolle zuzuweisen. Dass das Bedürfniss nach staatlichem Rechtsschutz sich schon viel früher geltend machen musste, als bis die Juristen sich entschlossen hatten, hier eine actio ex stipulatu für zulässig

---

[1]) Eine ähnliche Ausdrucksweise wie in unserem Fragment (nach der üblichen Emendation) in Paul. Dig. 46, 8, 19: In stipulatione, qua procurator cavet, ratam rem dominum habiturum id continetur, quod intersit stipulatoris. Das ist aber eine Beschreibung der factischen Gestaltung dieser Stipulation (s. Lenel Ed. pag. 423). Sollte unser Fragment vielleicht von der Formel gesprochen haben und zu ergänzen sein: .... [formulam dandam esse, (ut eum exhibeat), qua condemnationem] in id quanti interest sisti contineri?

zu erklären, ist klar und das Organ, das hier eingreifen konnte, war der Prätor. Bei Nichterscheinen des Beklagten an dem in der Vadimoniumsstipulation fixirten Tage giebt er dem Vindex den Auftrag, den Beklagten in einem neuerlichen Termine zu gestellen; leistet der zur Exhibition Verpflichtete dem Decret keine Folge, so wird gegen ihn die in Dig. 2, 8, 2, 5 erwähnte actio in factum ertheilt. Auf diese Art war die Vindexstipulation wohl schon zur Zeit der Einführung des Formularprocesses geschützt; für die spätere Zeit möchte ich einen Dualismus der Verfahrensarten annehmen, wie er auch sonst für die Zeit der classischen Juristen nicht ohne Beispiel ist.[1]) Durch eine derartige

---

[1]) Vgl. z. B. Wlassaks Bemerkungen über den Libertätsprocess in Grünhuts Zeitschrift Bd. XIX pag. 710f. Auf einen bisher nicht beachteten Fall sei hier hinzuweisen gestattet. Nach der herrschenden Meinung, die ich nirgends widersprochen finde, ist seit Marc Aurel bezüglich der Geltendmachung von Excusationsgründen bei tutela dativa und auch t. testamentaria ein erstinstanzliches Verfahren an die Stelle der Appellation getreten, während es für die übrigen munera bei dem Rechtsmittel der Appellation verblieb. Die Stelle, auf welcher die Kenntniss dieser Reform beruht (Ulp. lib. 1 de appell. = Dig. 49, 4, 1, 1 hat folgenden Wortlaut: Si quis tutor datus fuerit vel testamento vel a quo alio, qui ius dandi habet, non oportet eum provocare (hoc enim divus Marcus effecit) sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet, et si fuerit repulsa, tunc demum appellare debebit: ceterum ante frustra appellatur. Zunächst ist hier eine Interpolation bei Anführung der Bestellungsarten des Tutors zu constatiren: vel testamento (Urkunde) vel a quo alio (Person), qui ius dandi habet, kann Ulpian nicht geschrieben haben. Die Analogie von Vat. fragm. 156 (aus Ulp. lib. de excusat.) und Dig. 27, 1, 13, 1 (aus Modestins lib. 3 excusat.) führt zur Lesung vel testamento vel a praetore. Der Schlusssatz: ceterum ante frustra appellatur erscheint mit Rücksicht auf das unmittelbar vorhergesagte: non oportet eum provocare etc. ganz überflüssig und macht es nicht deutlicher. Ob nun dieser Zusatz echt ist oder nicht, immerhin ist eine doppelte Interpretation der Worte Ulpians möglich; es ist zweifelhaft, ob die Appellation hier als processual unzulässig, das erstinstanzliche Excusationsverfahren als obligatorisch erklärt ist (die Worte frustra appellatur also so aufzufassen sind, dass die Appellation verfrüht sei) oder ob dem Excusanten die Wahl gelassen ist zwischen dem älteren und neueren Verfahren; bei letzterer Auffassung würde frustra andeuten, dass angesichts einer bestehenden kürzeren Procedur die Einlegung der Berufung nicht nöthig sei. Für letztere Auffassung würde auch die Aus-

Vereinigung der auf den Vindex zu beziehenden Fragmente erscheinen die Bedenken, welche gegen die referirten Reconstructionsversuche hervorgehoben werden mussten, durchgehends vermieden und es ergiebt sich insbesondere, dass die Differenz zwischen Vindex und Vadimoniumsbürgen denn doch eine bedeutendere ist, als man von vornherein anzunehmen geneigt ist.

Man könnte gegen das hier Gelehrte vorbringen, es sei nicht recht einzusehen, warum die Römer einer derartigen unvollkommenen Stipulation bei Eingehung der Vindex-

---

drucksweise Modestins l. c.: *Εἰδέναι χρή, ὅτι οὔτε οἱ χειροτονηθέντες ἐπίτροποι οὔτε οἱ κατὰ διαθήκην δοθέντες ἐκκαλεῖσθαι ἀνάγκην ἔχουσιν, (ὡς δηλοῖ διάταξις τῶν θειοτάτων Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου)* sprechen. Nicht, dass die Appellation unzulässig ist, wird gelehrt, sondern bloss, dass kein Zwang zu ihrer Interposition bestehe. Dass das Excusationsverfahren im Sinne der oratio von Marc Aurel in der That nur facultativ gilt, ergiebt sich mit aller Evidenz aus Cod. Just. 5, 62, 18, einem Erlass aus dem Jahre 294 p. Chr.: Tutores nominatos appellationem interponere necesse non habere, certissimi iuris est, (1) Quapropter licet non appellasti, si quam te excusationem habere confidis, intra tempus, quod divi Marci constitutione praescriptum est, hac apud praesidem provinciae uti non prohiberis. Hier haben wir einen Fall, wo Jemand, zum Tutor nominirt, Appellation rechtzeitig zu überreichen unterlassen hat; er sucht nun im Wege eines an den Kaiser gerichteten Gesuches um Reparation nach. Der Kaiser macht ihn darauf aufmerksam, dass er noch das Recht habe, sich innerhalb der Excusationsfrist des in der oratio divi Marci geregelten Verfahrens zu bedienen. Die Appellation wird hier als ein durchaus zulässiges Rechtsmittel behandelt. Unter Zugrundelegung dieser Stelle erklären sich auch die sonstigen nicht spärlichen Zeugnisse der Quellen, welche von Appellation gegen die Bestellung als Tutor sprechen (Dig. l. 23, 2, 60 § 8ff.; 26, 5, 28ff.; 26, 7, 20; 39 § 6ff.; 27, 1, 16ff.; 49, 1, 17 in fine) zur Genüge. Es ist durchaus nicht nöthig, zu dem üblichen, vom dogmatischen Standpunkt aus vielleicht berechtigten Auskunftsmittel zu greifen und hier die Appellation als gegen den erstinstanzlichen Bescheid gerichtet zu betrachten. Die bei einer derartigen Annahme sehr befremdliche Thatsache, dass in einer Reihe mit einander übereinstimmender Quellenstellen ein nothwendiges Glied in der Gedankenkette fehlt, wird durch den Erlass Diocletians wohl am besten aufgeklärt. Das durch die oratio Marc Aurels eingeführte Excusationsverfahren bezog sich nur auf die Nomination zum tutor; für die anderen munera ist später zeitweise (323) die Appellation durch das Rechtsmittel der querimonia ersetzt worden (C. Th. XI, 30, 12; XII, 1, 8); s. aber XI, 30, 19 ex 329.

verpflichtung sich bedienten und nicht einer solchen mit Pönalversprechen. Gegen einen derartigen Einwand lässt sich ein sehr concreter Grund ins Treffen führen, der m. E. den Ausfall des Strafversprechens bei der Vindexstipulation vollauf rechtfertigt; es fehlte in unserem Falle eben eine nothwendige Voraussetzung für die Aufnahme des letzteren. Wie uns Gai. IV 186 unterrichtet, darf die summa vadimonii bei dem dort betrachteten Vadimonium nicht mehr als die Hälfte des Werthes der Streitsache und überdies nicht mehr als 100000 Sesterzen betragen (⟨nec tamen pluris quam partis dimidiae⟩ nec pluribus quam sestertium $\overline{C}$ $\overline{M}$ fit vadimonium). Daraus wird man schliessen können, dass bei dem der stipulatio alium iudicio sisti hinzugefügten Pönalversprechen der Werth der Processsache für die Höhe des in die Stipulation einzusetzenden Strafbetrages bestimmend gewesen sein muss. Im Legisactionenprocess war aber nun mit der In ius vocatio keine Editio actionis verbunden und darum fehlte vor dem Erscheinen des Beklagten in iure jeder Anhaltspunkt über Gegenstand und Werth der Streitsache. Im Zeitalter des Formularprocesses ist es in letzterer Beziehung anders geworden; das prätorische Edict gebietet die Editio actionis bei Ausrichtung der Ladung und dass eine solche stattfand[1], dafür spricht ganz besonders das wiederholt citirte Paulusfragment; denn anders kann ich mir die Worte 'qui tempore liberatus esse dicebatur' nicht erklären; eine derartige Einwendung setzt nothwendiger Weise Mittheilung des Klagsinhalts voraus. Dass es auch nach Einführung der editio actionis bei der alten Form der Vindexstipulation blieb, kann nicht verwundern. Der Kläger erlangte ja durch eine solche eine weit höhere Summe, als wenn er ein Vadimonium mit Pönalstipulation einging, und es lässt sich nicht in Abrede stellen, dass eine besondere Behandlung der Vindexstipulation durchaus am Platze war.

Es erübrigt nur noch das Verhältniss zwischen dem Vindex und dem fideiussor iudicio sistendi causa des justinianischen Rechtes darzulegen. Wenger[2]) ist der Ansicht,

---

[1]) S. Lenel, Ztschr. d. Sav.-St. XVI pag. 386ff.; zustimmend auch Wenger, Actio iudicati pag. 120. — [2]) a. a. O. pag. 40.

dass beide sich inhaltlich im Wesentlichen gleichstehen, der zwischen ihnen bestehende Unterschied nur ein formaler sei. Der Vindex, welcher die Gestellungsbürgschaft in Stipulationsform übernimmt, werde damit oberflächlich besehen zu einem fideiussor; allerdings weise der fideiussor iudicio sistendi causa Merkmale auf, die einem wahren fideiussor nicht eignen. Den Grund der Interpolation des letzteren an Stelle des Vindex findet Wenger aber doch darin, „dass der altrömische Vindex zwar dem Wesen nach bestehen blieb, sich aber die Einkleidung des Versprechens in Stipulationsform gefallen lassen musste“. Mit der Aenderung der Form habe sich auch der Name geändert, das in späterer Zeit unverständlich gewordene Wort Vindex sei an Stelle der zwar keineswegs präcisen, aber allgemein verständlichen Bezeichnung fideiussor iudicio sistendi causa getreten. Wiewohl nach unserer Construction der formale Differenzpunkt wegfällt, muss ich mich doch gegen die Identificirung des Vindex und seines Surrogates im Pandektenrecht erklären.

Es ist nun allerdings zuzugeben, dass der Ausdruck „Vindex“ in der späteren Zeit unverständlich geworden ist. Für die Ersetzung durch eine passendere Bezeichnung mochte aber m. E. insbesondere der von Wenger nicht hervorgehobene Umstand sprechen, dass das Wort in der byzantinischen Periode seine specifisch civilprocessuale Bedeutung eingebüsst hatte. In den Rechtsquellen und der anderweitigen Ueberlieferung der Spätzeit findet sich mehrfach die Erwähnung von Vindices als amtlichen Personen.[1]) Die älteste gehört dem Jahre 380 p. Chr. an; der hier in Betracht kommende Erlass Cod. Th. III, 11, 1 ist ein Glied in der Reihe der Constitutionen, welche durch Androhung schwerer Strafen die Provinzialen vor Vergewaltigung durch die Beamten zu schützen suchen[2]) und bezweckt speciell die Sicherung der Freiheit der Provinzialinnen bei der Eheschliessung. Schon bei einem Versuche des Magistrates, einen unerlaubten Einfluss in dieser Beziehung auszuüben, steht der Bedrohten

---

[1]) Vgl. Du Cange, Glossarium s. v. Vindices, Sophocles, Greek Lexicon s. v. βίνδεξ, Pauly, Realenc. d. class. Alterthw. Bd. VI$_2$ pag. 2619. — [2]) Vgl. Gothofredus, Comm. zu dieser Stelle Bd. I pag. 293.

selbst, resp. deren Eltern das Recht zu, durch einen Protest sich, sowie ihre ganze Familie von der Jurisdiction des Beamten zu befreien und als die zur Aufnahme desselben befugten Personen werden in erster Linie die Vindices genannt (. . . curaturis hoc unius cuiusque civitatis vindicibus et eiusdem civitatis apparitoribus). Diese sind nun in Cod. Just. V, 7, 1, wo der Erlass mit einigen Aenderungen (Zusätzen und Streichungen) wiedergegeben ist, durch „defensores" ersetzt; allgemein nimmt man an, dass die defensores civitatis in der That im vierten Jahrhundert wohl entsprechend ihrer auf die Abwehr und Ahndung jedweden Unrechts gerichteten Function[1]) als Vindices bezeichnet wurden[2]) und für diese Annahme würde ja ganz besonders die ihnen im Erlasse zugewiesene Protokollaufnahme passen; denn das ius actorum conficiendorum bildet ja den Kern der Amtsthätigkeit der defensores civitatis.[3])

Der vorerwähnten Constitution stehen zeitlich am nächsten zwei Briefe des Kirchenvaters Nilus aus dem Ende des vierten resp. dem Anfange des fünften Jahrhunderts[4]) (Nilus bei Migne, Patrolog. graec. Bd. 341 A und 360 C), in welchen zum Namen des Adressaten der Beisatz *βίνδικι* als Amtstitel hinzugefügt ist.

Für die Regierungszeit des Anastasius wissen wir aus einer Reihe in der Hauptsache übereinstimmender Berichte von Euagrius[5]), Nikephoros Kallistos[6]), Lydus[7]) und Mala-

---

[1]) S. die von Gothofredus im Paratitlon zu C. Th. I, 11 (pag. 62) diesbezüglich citirten Stellen. — [2]) Cuiacius, Op. III p. 61, Gothofredus ad h. l., Seeck, Art. Defensor civitatis in Pauly-Wissowas R.-E. IV ₂ Sp. 2369. — [3]) Vgl. Seeck a. a. O. — [4]) Sie stammen aus der Zeit, da sich Nilus nach Niederlegung des Amtes eines *ἔπαρχος* von Constantinopel (oder praef. praet.) in das Sinaikloster zurückgezogen hatte; vgl. hierüber die Biographie des hl. Nilus bei Migne a. a. O. pag. 1 f. (Anm.). — [5]) hist. eccl. III 42: . . . *περιεῖλεν δὲ καὶ τὴν τῶν φόρων εἴσπραξιν ἐκ τῶν βουλευτηρίων, τοὺς καλουμένους βίνδικας ἐφ ἑκάστῃ πόλει προβαλλόμενος εἰσηγήσει φασὶ Μαρίνου τοῦ Σύρου, τὴν κορυφαίαν διέποντος τῶν ἀρχῶν, ὃν οἱ πάλαι ὕπαρχον τῆς αὐλῆς ἐκάλουν.* An diese Erzählung, die von dem Berichte des Malalas (und Joh. Lydus) dadurch abweicht, dass Euagrius die Curien nicht als abgeschafft, sondern lediglich in ihrer Funktion als Organe der Steuerverwaltung durch die Vindices ersetzt betrachtet, knüpft der Autor die Bemerkung, dass in Folge der geschilderten Maſsregel die Einkünfte aus den

las [1]), dass über Betreiben des praef. praet. Orientis Marinus die Decurionen durch Vindices ersetzt worden sind, in deren Hand namentlich die den ersteren vormals zustehenden Geschäfte der Steuerverwaltung zum Nachtheile der Provincialen gelegt wurden.

Vindices als Amtspersonen sind sodann für die Regierungszeit Justinians durch mehrere justinianische Novellen bezeugt.

In der praefatio zur 38. Novelle '*περὶ βουλευτῶν ὥς τε ἐνκαούγκιον καταλιμπάνειν τοῖς ἑαυτῶν βουλευταῖς παισί*' (ex 536) führt der Kaiser aus, die Begründer des römischen Reiches hätten die Curien in den Landstädten eingerichtet, auf dass sie als Abbild des hauptstädtischen Senates die gesammte städtische Verwaltung führen sollten; solange nun deren Intentionen entsprochen wurde, hätten die Städte einen gewaltigen Aufschwung genommen, die munera wären willig übernommen und von niemand als unerträgliche Last empfunden worden. Anders sei es erst geworden, als die Bevölkerung unter den mannigfaltigsten Vorwänden sich der Curie zu entziehen begann; jetzt wären die Liturgien auf eine geringe Zahl von Personen beschränkt, deren Vermögen dadurch aufgezehrt werde und mit den Städten sei es soweit gekommen, dass sie unter *ὀλέθριοι μισθωταὶ* stehen, welche man *βίνδικες* nenne. *(διὰ τοῦτο εἰς ἄνδρας ὀλίγους περι-*

Städten gesunken und die Letzteren, deren Blüthe auf den Curien und ihrer continuirlichen Ergänzung aus den nobiles der Städte beruht habe, eingegangen seien *(ὅθεν κατὰ πολὺ οἵ τε φόροι διεῤῥύησαν, τά τε ἄνθη πόλεων διέπεσεν. ἐν τοῖς λευκώμασι γὰρ τῶν πόλεων, οἱ εὐπατρίδαι πρόσθεν ἐνεγράφοντο, ἑκάστης πόλεως τοὺς ἐν τοῖς βουλευτηρίοις ἀντὶ συγκλήτου τινος ἐχούσης τε καὶ ὁριζομένης.* Ein ähnliches Räsonnement bei Nov. 38 praef. (s. oben Text). — [6]) hist. XVI 40 (abgedruckt bei Haenel, corp. leg. p. 262 Sp. 2), fast wörtlich mit Euagrius übereinstimmend. — [7]) de mag. III c. 49: *ἐκλαβὼν τοίνυν Σύρος ἀνὴρ καὶ πονηρὸς ὡς ἐπιεικὴς τοὺς φόρους, τὰ μὲν βουλευτήρια πασῶν παρέλυσε τῶν πόλεων ἀπεμπολῶν τοὺς ὑπηκόους παντὶ ὡς ἔτυχεν, εἰ μόνον αὐτῷ τὸ πλέον ὑπέσχοιτο, καὶ ἀντὶ τῶν ἀνέκαθεν στηριζόντων τὰ πράγματα βουλευτῶν προχειρίζεται τοὺς λεγομένους βίνδικας, οἱ παραλαβόντες τοὺς συντελεῖς οὐδὲν πολεμίων ἧσσον τὰς πόλεις διέθηκαν.*

[1]) Chronogr. XVI p. 406 ed. Bonn.: *τοὺς πολιτευομένους ἅπαντας ἐπῆρε τῆς βουλῆς (sc. Μαρῖνος) καὶ ἐποίησεν ἀντ' αὐτῶν τοὺς λεγομένους βίνδικας.*

στάντα τὰ λειτουργήματα κἀκείνοις τὰς οὐσίας κατέσεισε καὶ τὰς πόλεις οὕτως ἠλλάτωσεν, ὥστε ὑπὸ τούτους εἶναι τοὺς ὀλεθρίους μισθωτάς, οὓς δὴ βίνδικας καλοῦσιν). In der Novelle 128 (ex 539) werden unter den Organen, welche in jeder Provinz die Verantwortung für die ordnungsmässige Eintreibung der Steuern tragen, wiederholt neben den *ἄρχοντες* Decurionen, canonarii auch Vindices[1]) genannt. Der Erlass Justinians de dioecesi Aegyptiaca (ex 554) weist den praef. praet. Orient. an, den jeweiligen Vindex von Alexandrien zu verhalten, die Einnahmen zu den in den Gesetzen bestimmten Zwecken zu verwenden und gedenkt auch an einer zweiten Stelle der ordnungsmäfsigen Verwendung des Ausfuhrzolles durch einen Vindex aus der Zeit des Anastasius, welche Thätigkeit durch die Curie von Alexandrien ergänzt wurde.[2])

---

[1]) In c. 5 wird bestimmt, dass die zur collatio auraria Verpflichteten nicht die Gefahr einer etwa nothwendigen Versendung der eingetriebenen Summen tragen sollen, sondern selbe jene treffe, welche in jeder Provinz oder Civitas die Verantwortung für die ordnungsmäfsige Erhebung haben und unter den letzteren werden nebst den Magistraten, Decurionen, canonarii die Vindices besonders hervorgehoben *(... τούτους, οἷς ἐν ἑκάστῃ ἐπαρχίᾳ ἢ πόλει ὁ κίνδυνος τῆς τῶν δημοσίων ἀπαιτήσεως ἐπίκειται, εἴτε ἄρχοντες εἶεν εἴτε πολιτευόμενοι εἴτε ἐξάκτορες εἴτε βίνδικες εἴτε κανονικάριοι ἢ ἄλλοι τινὲς, τῷ ἰδίῳ κινδύνῳ ὑποδέχεσθαι τὰ χρήματα).* In dem achten Capitel wird verordnet, dass in dem Falle, als der Eigenthümer des steuerpflichtigen Grundstückes nicht erscheint (oder das letztere kein geeignetes Deckungsobject für die Steuer bildet) und auch Niemand vorhanden ist, der nach den Gesetzen das Grundstück zu übernehmen hat, ein Protokoll über den Zustand und den fundus instructus aufgenommen werde. Die Decurionen vindices etc. sollen dasselbe bis zu dem Zeitpunkte, da der zur Uebernahme Verpflichtete entdeckt wird, innehaben und letzterem unter Ersatz der inzwischen eingetretenen Deteriorationen restituiren *(οὕτως αὐτὴν οἱ πολιτευόμενοι ἤγουν ἐξάκτορες ἢ βίνδικες ἢ ταξεῶται παραλαμβάνωσιν, ὥστε εἰ μετὰ ταῦτα εὑρεθεῖεν οἱ ὀφείλοντες αὐτὴν κατὰ τοὺς νόμους δέξασθαι, μὴ ἄλλως τοῦτο γένεσθαι εἰ μὴ τὸ διὰ τῆς προφάσεως τῶν ἐξακτόρων ἢ βουλευτῶν ἢ βινδίκων ἢ ταξεωτῶν χεῖρον ἢ ἧττον γενόμενον τῷ παραλαμβάνοντι ἀποκατασταθείη.* — [2]) § 13 ... *ἀναγκάσεις δὲ καὶ τὸν κατὰ καιρὸν βίνδικα τῆς Ἀλεξανδρέων πάντα τὰ παρ' αὐτοῦ γινόμενα δαπανήματα ποιῆσαι ἐπί τε τῆς ἐκπυρώσεως τῶν δημοσίων βαλανείων ἐπί τε τοῖς ἄλλοις σολλεμνίοις ἅπασι τοῖς πολιτικοῖς, ἅπερ πάντα ὑπόκειται ῥητῶς τῷδε ἡμῶν τῷ θείῳ νόμῳ .....* § 14 ... *Ποταμῶνος τηνικαῦτα τῶν δημοσίων τῆς Ἀλεξανδρέων προεστῶτος κατὰ τὸ τοῦ βίνδικος σχῆμα ...*

Novelle 134 (ex 556) bezieht sich ebenfalls auf das Finanzrecht. Dieser Erlass schreibt vor, dass die Erhebung der Steuern ausschliesslich durch die *ἄρχοντες* jeder Eparchie und deren Officium vorgenommen werden solle und nur in dem Falle als in einer Provinz *βίνδικες* oder sonstige susceptores für öffentliche Abgaben bestehen, ist deren Verwendung gestattet, wobei ihnen jedwede nöthige Unterstützung von Seite des Magistrates resp. dessen Büreaupersonales zu gewähren ist.[1])

Für die justinianische Zeit kommt noch in Betracht die Notiz im Chronic. Pasch. s. Alex. (Osterchronik) p. 626 ed. Bonn., wo unter den beim Nikaaufstand Getödteten auch ein *βίνδιξ Ἀντιοχίας*[2]) genannt wird.

Worin besteht nun das Wesen dieser Vindices? Die Lexicographen bezeichnen sie als „exactores", exactioni tributorum praepositi qui ex ea provincialibus exigebant, et singulis civitatibus eo nomine praefecti erant[3]), als kaiserliche Fiscalbeamte[4]), als 'sollicitor'[5]), und Cuiacius[6]) (und Gothofredus), dem in neuerer Zeit auch Zachariae gefolgt ist[7]), stimmen hiermit überein. Die Berichte des Euagrius, Nikephorus und Lydus und die Aufgaben, welche den *βίνδικες* in den Novellen 128 und 134 und im Ed. Just. zugewiesen werden, lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, dass die Letzteren wirklich als Steuerexecutoren seit Anastasius fungiren; es ist nur die Frage, ob auch die anderen Quellen, wie Novelle 38, diese specielle Function, auf welche in Alexandrien ihre Thätigkeit nicht beschränkt gewesen

---

1) c. 2 . . . *εἰ δὲ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις ἢ βίνδικες ἢ ἐκλήπτορές εἰσι τῶν δημοσίων καὶ δεηθῶσι τινος βοηθείας, κελεύομεν τοὺς ἄρχοντας τῶν ἐπαρχιῶν καὶ τὰς τάξεις αὐτῶν πᾶσαν σύναρσιν καὶ σπουδὴν αὐτοῖς συνεισάγειν, ὥστε ἀνεμποδίστως τὴν τῶν δημοσίων εἴσπραξιν προιέναι.* Am Schlusse dieses Capitels wird noch besonders eingeschärft: *ἐν ἐκείναις δὲ ταῖς ἐπαρχίαις καὶ πόλεσι βουλόμεθα τοὺς ἄρχοντας ἐγκινδυνεύειν ὑπὲρ τῆς τῶν δημοσίων εἰσπράξεως, ἐν αἷς μηδὲ σκρινιάριοι μηδὲ βίνδικες, μηδὲ ἕτεροί τινες εἶεν, ἰδίῳ κινδύνῳ τὴν ἀπαίτησιν ποιούμενοι.* — 2) l. c. . . . *ἐσφάγη καὶ Ἀντίπατρος ὁ βίνδιξ Ἀντιοχίας.* Diese Notiz ist, wie sich zeigen wird (s. pag. 57), für die historische Combination der erhaltenen Nachrichten über den Novellenvindex sehr werthvoll. — 3) Du Cauge a. a. O. — 4) Pauly, R.-E. a. a. O. — 5) Sophocles a. a. O. — 6) Opera vol. III pag. 61. — 7) in seiner Bemerkung zu Ed. Just. de dioec. Aegypt. § 13.

sein kann, im Auge haben, ob die Vindices wirklich kaiserliche Fiscalbeamte sind und wie sie insbesondere zu diesem Titel kommen. In letzterer Beziehung hat sich schon Lydus Gedanken gemacht; seine zu dem Worte βίνδικες in Parenthese hinzugesetzte Bemerkung Ἰταλοῖς θεὸν ἀποκαλεῖν[1]) legte in Verbindung mit seiner Erzählung über die Art und Weise, wie es zur Einsetzung der Vindices kam und diese ihres Amtes walteten, sowie den hiermit übereinstimmenden Bericht des Euagrius den schon von Cuiacius[2]) ausgesprochenen Gedanken nahe, dass die Einsetzung dieser neuen Fiscalorgane von der Bevölkerung als Strafe empfunden wurde; darnach wird angenommen, dass jener Bezeichnung die Bedeutung 'Rächer' zugrundeliege. Diese Erklärung ist m. E. ganz unzutreffend. Gegen sie spricht in erster Linie die Erwähnung von βίνδικες in den Episteln des heiligen Nilus. Man wird zur Erklärung anführen, dass der Vindex in den Adressen dieser Briefe dem Vindex von Cod. Th. III, 11, 1 gleichstehe und im Sinne der Gothofred'schen Deutung als defensor civitatis aufzufassen sei. Aber auch damit kann man sich nicht zufrieden geben. Es steht zunächst keineswegs fest, dass der Vindex des Codex Theodosianus anders aufzufassen ist als der Novellenvindex. Sodann ist nicht einzusehen, wie man in den griechischen Reichstheilen dazu gekommen wäre, für den defensor civitatis einen derartigen Ausdruck herüberzunehmen. Eine Nöthigung hierzu war ja gewiss nicht vorhanden, da das Griechische in dem Worte ἔκδικος eine vollkommen entsprechende Bezeichnung besitzt.[3])

Die richtige, in allen erhaltenen Quellenstellen anwendbare Bedeutung ergiebt sich aus Novelle 38. Wenn man in den hier erwähnten Vindices allgemein kaiserliche Fiscalorgane erblickt hat, so dürfte der Grund darin gelegen sein, dass man sich bei dem Ausdrucke ὀλέθριοι μισθωταὶ der vorerwähnten byzantinischen Autoren erinnerte, welche die Eintreibung der Steuern durch Vindices als eine für die Bevölkerung verderbenbringende Maßregel anführen. Es ist

---

[1]) Die römische Mythologie kennt einen Jupiter Vindex und auch der biblischen Auffassung entspricht ein deus vindex. — [2]) a. a. O. pag. 62. — [3]) Sophocles a. a. O. nimmt die gleiche Bedeutung für die Nilusstellen und die Citate aus den Novellen an.

aber nicht leicht denkbar, dass der Kaiser die Träger eines Staatsamtes, das noch dazu vor nicht langer Zeit von einem seiner Vorgänger creirt sein soll, als verderbenbringende (elende) Miethlinge bezeichnen und sie trotzdem in ihrer Stellung belassen werde; das wäre schon mehr als unpolitisch. Die Interpretation, welche die Vindices durch die Staatsgewalt eingesetzt betrachtet, ist also abzulehnen und derjenigen der Vorzug zu geben, welche sie als von nichtstaatlichen Organen bestellt ansieht. Als das Subject, welches dieselben „dingt", wird man die primär Verpflichteten zu denken haben und das sind eben die *πολιτευόμενοι*, die Decurionen, von welchen unsere Novelle handelt. Es haben sich — darüber wird vom Kaiser Klage geführt, — die Vermögenden von der Curie zurückgezogen und an ihrer Statt Substituten bestellt, welche die ganze Verwaltung thatsächlich in Händen haben. So aufgefasst ist der verächtliche Ton, in welchem die Novelle von den Vindices spricht, wohl begreiflich, sie werden eben von den Decurionen gemiethet und erhalten von diesen eine bestimmte Abfertigung, mit welcher sie das munus zu erfüllen haben.[1])

Nach dem Rechte des Codex Theodosianus ist die Substitution beim Decurionat nur in Ausnahmefällen gestattet[2]), dass aber die thatsächlichen Verhältnisse im vierten Jahr-

---

[1]) Auch das erscheint vollkommen begreiflich, dass der Kaiser den nun einmal gegebenen Verhältnissen Rechnung tragend, die vorhandenen Institutionen, so wenig er von ihrem Bestande erbaut war, für Zwecke der Verwaltung weiterhin benutzte und über die *βίνδικες* gesetzliche Vorschriften erliess. — [2]) Die Bestellung von Substituten für Curialen, welche in den Senatorenstand eintreten, bei fortdauernder Haftung des primär Verpflichteten ist stillschweigend anerkannt in C. Th. XII, 1, 91 (ex 382); 111 (ex 386) sowie h. t. 130 (ex 393), und in dem Erlasse XII, 1, 155 (ex 397) wird expressis verbis die Substitution als zulässig erklärt. Hinsichtlich derjenigen, welche sich dem Militärdienst zuwenden oder ein anderweitiges officium trotz ihrer Verpflichtung zur Curie erwählen, ist ausdrücklich die Nothwendigkeit der vorausgehenden Bestellung eines tauglichen Substituten in C. Th. XII, 1, 161 (ex 393); 181 (ex 416) und 187 (ex 436) ausgesprochen. Den Juden, welche ein ihnen vorlängst ertheiltes Immunitätsprivileg bez. des Decurionats behaupteten, ist schon in dem Erlasse C. Th. XII, 1, 199 (ex 383) die Licenz ertheilt, durch Substituten das munus decurionis zu versehen.

hundert in vielen Gemeinden andere gewesen sein müssen, zeigt insbesondere Libanius' Bemerkung über die Curialen Or. II, 527, 9 Reiske:

οὗτοι μὲν ἐλειτούργουν τοῖς οὖσιν, ἕτεροι δέ τοιοῦτοι τὸ κελευόμενον ἐποίουν τοῖς σώμασιν.

Der Autor macht also einen Unterschied zwischen denjenigen, welchen die Besorgung der Liturgien obliegt und jenen, welche das Befohlene mit dem Körper ausführen. Die letzteren rechnet er an einer Stelle bei Angabe der Zahl der Rathsmitglieder von Antiochia in die Curialen ein, indem er die bei anderer Gelegenheit mit sechshundert fixirte Zahl auf zwölfhundert erhöht[1]); es hat also jeder Decurio einen solchen Substituten gehabt, der den Amtstitel *βίνδεξ Ἀντιοχίας* führte. Hiemit lässt sich die anscheinend widersprechende Thatsache, dass in Alexandria nur ein Vindex fungirt, sehr wohl in Einklang bringen; wie wir aus Mitteis' Ausführungen zu CPR n. 19 und 20 ersehen, liegt hier schon im Anfange des dritten Jahrhunderts die thatsächliche Ausübung der der Curie zukommenden Befugnisse jeweils in den Händen eines *προπιλιτευόμενος* (Prytanen); vielleicht wird man nun den letzteren (*προπολιτευόμενος* = Stellvertreter der *πολιτευομένοι*) mit dem *κατὰ καιρὸν βίνδεξ* des justinianischen Edicts identificiren können. Jedenfalls zeigt dasselbe, dass die in Aegypten übliche Uebertragung der gesammten der Curie zukommenden Befugnisse auf eine Person sich noch in justinianischer Zeit erhalten hat.

Anastasius zog also nur die Consequenzen aus der thatsächlichen Entwicklung, wenn er die Decurionen, die factisch nicht mehr thätig waren, von der Curie fernhielt und an ihrer Statt die Substituten einberief; solche sind offenbar auch in C. Th. 3, 11, 1 gemeint. Der Protest soll von den das Amt eines Curialen thatsächlich ausübenden Vertretern der Rathsmitglieder aufgenommen werden. Die beurkundende Thätigkeit, die darnach der Curie zukommt, erklärt sich aus der ihr zustehenden jurisdictionellen Befugnis.[2])

---

[1]) Kuhn, Städteverfassung des röm. Reiches I pag. 247. — [2]) Ueber den semasiologischen Zusammenhang zwischen 'Vindex' im

Vindex ist also in justinianischer Zeit der Amtstitel für den Decurionatssubstituten und das Wort bezeichnet auch ganz allgemein den Stellvertreter (procurator)[1]; dass die Compilatoren an Stelle des altcivilen Terminus den fideiussor sistendi causa setzen konnten, muss aber doch anders, als es bisher geschehen ist, erklärt werden.

Das römisch-classische Recht der fideiussio hat an zwei Grundsätzen festgehalten; es setzt einmal eine giltige Principalobligation voraus, zu welcher die Bürgschaft als accessorische Verbindlichkeit hinzutritt, sodann müssen beide Obligationen dem Objecte nach mit einander übereinstimmen.[2])

---

classischen Recht (Ladungsvindex) und in den Novellen möchte ich Nachstehendes bemerken: die wesentliche Differenz zwischen beiden besteht darin, dass nur Ersterer zur Exhibition verpflichtet ist. Der Begriff von exhibere wird nun in Pomp. lib. 10 epist. = D. 50, 16, 246 so umschrieben: exhibet, qui praestat eius de quo agitur praesentiam. Das praestare eius de quo agitur praesentiam wird hier transitiv aufgefasst; es hat aber auch eine intransitive Bedeutung. Dies zeigt der folgende Satz an: nam etiam, qui sistit, praestat eius de quo agitur praesentiam, nec tamen eum exhibet; hier kann sistere doch nur bedeuten: „sich stellen“. Pomponius lehrt also: „Auch von demjenigen, welcher sich sistirt, ohne den X. Y. zu exhibiren, kann gesagt werden praestat eius de quo agitur praesentiam.“ Der Doppelsinn von praesentiam praestare (= repraesentare, vgl. auch Cod. Just. 8, 41, 26) scheint dazu geführt zu haben, dass der Decurionatssubstitut Vindex genannt wurde (cf. C. Th. XII, 1, 60; 115).

[1]) So bei Boeth. gebraucht (vgl. die Lexica). — [2]) Eine Vergröberung des Identitätsbegriffes im Bürgschaftsrecht (über die Auffassung der eadem res bei Klagsconsumption vgl. Mitteis, Individualisirung der Obligation, insbes. pag. 61 ff. und Eiseles interessante Nachweisungen im Arch. f. civ. Prax. Bd. 79 pag. 396 ff.) zeigt Dig. 46, 1, 42 (Javolen. lib. 10 epist.): Si ita fideiussorem accepero: 'quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?' non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest, quia non ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque mercede aestimanda est. Darnach wird also dort, wo die Hauptschuld auf 1000 modii, die Bürgschaft aber auf eine bestimmte Summe gerichtet ist, Identität angenommen. Man hat diese auffallende Thatsache dahin erklärt, dass Javolen hier eine res aestimata voraussetze (vgl. Girtaner, Bürgschaft pag. 29 N. 1): aber diese

Mit vollem Rechte wird nun aus Dig. 46, 1, 6, 2 (Ulp. lib. 11 ad Sab.) entnommen, dass der erstere Grundsatz auch im justinianischen Recht noch in Geltung ist:

> Ahiberi .... fideiussor tam futurae, quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio.

Die fideiussio muss nach dieser Gesetzesbestimmung im Hinblick auf eine giltige Obligation erfolgen; diese kann eine civile oder eine natürliche Verbindlichkeit sein, aber eine Hauptschuld muss vorliegen. Ein Zweifel an der ausnahmslosen Geltung dieses Rechtssatzes könnte nur aus Dig. 46, 1, 25 [1]) (Ulp. lib. 11 ad ed.) entstehen, wo trotz der in Dig. 45, 1, 6 (lib. 1 ad Sab.) [2]) ausgesprochenen Unzulässigkeit der fideiussio bei promissio eines Wahnsinnigen die Rechtsbeständigkeit einer solchen anerkannt zu sein scheint. Indess nehmen neuere Interpreten [3]) an und ihre Auslegung wird durch die systematische Stellung des Fragmentes gestützt, dass das letztere mit der in Dig. 45, 1, 6, 2 zum Ausdruck gebrachten Willensmeinung des Gesetzgebers nicht in Widerspruch stehe, sondern sich auf die obligationes ex re venientes beziehe, welche hier in Gegensatz zu den Ver-

---

Interpretation findet in dem Wortlaut der Stelle keinen Anhaltspunkt. Die Beachtung des sprachlichen Momentes (unmittelbare Aufeinanderfolge zweier Sätze mit quia) führt zu der Erkenntniss, dass der begründende Satz quia non ut etc. .. justinianische Interpolation ist. Der classische Grundsatz ist also erst im justinianischen Recht denaturirt worden. Im Uebrigen ist lediglich daran festgehalten worden, dass der Bürge sich nicht in duriorem causam verpflichten dürfe (Dig. 46, 1, 8, 7).

[1]) Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit. = Bas. 26, 1, 25: *ὁ ἐγγυησάμενος ἄνηβον χωρὶς αὐθεντίας τοῦ ἐπιτρόπου ἐνεχόμενον ἢ ἄσωτον ἢ μαινόμενον ἐνέχεται μὲν, οὐκ ἔχει δὲ κατ' αὐτῶν τὴν τῆς ἐγγύης ἐνοχήν.* Ueber die Basilikenparaphrase s. unten p. 60 Anm. 1. — [2]) Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit sicut nec pro furioso. Identisch Bas. 43, 1, 6. — [3]) S. Pernice, Sitzungsber. der Kgl. Preuss. Akad. (1886) pag. 1191 Anm. und daselbst Citirte.

bindlichkeiten auf Grund einer promissio gebracht werden.[1]) Ist sohin nach justinianischem Rechte eine giltige Hauptobligation nothwendiges Erforderniss für den Bestand der fideiussio, so muss auch dem Versprechen des fideiussor iudicio sistendi causa eine Obligation zugrundeliegend gedacht werden, zu welcher es accessorisch hinzutritt.[2]) Unter Justinian sind nun bekanntlich Vindex und Vadimoniumsbürgschaft (Vadimonium) vereinigt worden und wir können schon darnach annehmen, dass im Sinne der Digesten mit der fideiussio iudicio sistendi causa auch dort, wo der Bürge an Stelle des Vindex tritt, eine promissio des Beklagten in iure erscheinen zu wollen, correspondirt.[3]) Für eine solche Annahme spricht nun insbesondere die Location von Dig. 3, 5, 3 (Ulp. lib. 47 ad Sab.):

> Cum quis in iudicio sisti promiserit, neque adiecerit poenam, si status non esset, incerti cum eo agendum esse in id quod interest, verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.

Nach dieser Gesetzesbestimmung steht dem Kläger

---

[1]) Girtaner a. a. O. pag. 21 ff. bezieht die Stelle auf die Regressfrage; hiegegen und für die hier adoptirte Ansicht spricht der Umstand, dass auch die vorhergehende Stelle und die nachfolgende das Verhältniss zwischen Gläubiger und Bürgen im Auge hat; im Sinne der justinianischen Compilation ist unter der in Dig. ht. 24 (Marcell. libro sing. resp.) erwähnten Mandatsklage die actio mandati bei mandatum qualificatum zu verstehen. Die Basiliken, welche das Fragment Dig. 46, 1, 25 auf die Klage zwischen Hauptschuldner und Bürgen beziehen (oben pag. 59 Anm. 1), geben auch der vorhergehenden Stelle eine Wendung im Sinne der Regressfrage. Bas. 26, 1, 25: *Ἐὰν ὁ πρωτότυπος γένηται κληρονόμος μερικῶς τῷ ἐγγυητῇ, κατὰ τὸ μέρος αὐτοῦ σβέννυται ἡ τῆς ἐγγύης ἐνοχή. Καὶ οὐ δύναται ὁ ἐπερωτήσας κατὰ τῶν λοιπῶν τοῦ ἐγγυητοῦ κληρονόμων εἰς ὁλόκληρον κινεῖν, ἀλλὰ πρὸς τὰ μέρη αὐτῶν, καὶ αὐτοὶ κατὰ τοσοῦτον κινοῦσιν τὴν τῆς ἐγγύης ἀγωγὴν κατὰ τοῦ χρεωστοῦ* (et ipsi in tantum mandati ex fideiussione adversus debitorem agunt). — [2]) Im classischen Recht besteht lediglich eine publicistische Verpflichtung. Unrichtig ist die Auffassung Opets, Geschichte der Processeinleitungsformen im deutschen Rechtsgang pag. 3, 5, 8, welcher den Unterschied zwischen in ius vocatio und mannitio dahin bestimmt, dass nur die letztere eine Verpflichtung des Beklagten, vor Gericht zu erscheinen, erzeuge. — [3]) Vgl. auch die mit dem hier Bemerkten übereinstimmende Lehre über den Inhalt des Antibiblos bei Wieding, l. c. pag. 514 ff., insbes. pag. 520.

gegen den Beklagten, der sich selbst vor Gericht zu stellen versprochen hat, ohne dass die Bezahlung einer bei Nichterfüllung der promissio zu leistenden Strafsumme in der Stipulation fixirt erscheint, eine Klage auf Leistung des Interesses am Erscheinen des reus zu. Die Auslegung, welche hier die Zusage der Gestellung des Beklagten durch eine dritte Person (den fideiussor i. s. c.) annimmt, ist einmal sprachlich nicht leicht möglich[1]) und auch sachlich bedenklich, weil unser Fragment dann eben in den unmittelbar darauf folgenden Titel in ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent, eingereiht worden wäre. Dass nun der obige Specialfall in dem Titel 'si quis in ius vocatus non ierit' unmittelbar vor dem der cautio iudicio sisti gewidmeten Abschnitte erörtert wird, beruht wohl auf der Voraussetzung, dass der Beklagte stets eine promissio iudicio sisti zu leisten hat; es wäre auch in der That eine sehr merkwürdige Gestaltung, dass eine solche in den Fällen, wo ein fideiussor entbehrlich ist, gefordert, dort aber, wo die Rechtsconsequenz eine promissio erheischt, sie gerade ausfällt.[2])

Aus der vorstehenden Kritik ergiebt sich das negative Resultat: Die Gestellungsbürgschaft in unseren Urkunden ist keineswegs eine vindexartige. Aber auch von einem anderen Ausgangspunkt gelangt man zur Ablehnung der Wenger'schen Identificirung. Alle Urkunden sind, wie oben vorausgeschickt wurde, Repräsentanten eines Typus und entsprechen einem und demselben Rechtsinstitut. Bei BGU III 936 wird man sich jedoch auch dann, wenn Lenels ältere Wiederherstellung zutreffen sollte, nicht leicht zur Annahme, dass hier eine Vindexerklärung vorliege, entschliessen können. Nach römischem Rechte begiebt sich regelmäfsig der Kläger mit dem für den Beklagten intervenirenden Vindex ins ius, wo die formelle Uebernahme der Verpflichtung erfolgt. In unserer Urkunde leistet nun der Garant das Parastasisversprechen für einen Decurio, der nach Angabe des

---

[1]) Es müsste sprachrichtig heissen: cum quis aliquem in iudicio sisti promiseret. cf. Dig. 45, 1, 81 pr. (oben S. 46). — [2]) Vgl. zu dieser Stelle auch die Interpolation in Dig. 2, 8, 2, 5: nisi pro certa quantitate accessit.

Bürgen flüchtig ist und es werden auch die receptatores genannt. Wer der Ansicht ist, dass hier wirklich eine vindexartige Verpflichtung übernommen wurde, muss unbedingt eine längere Zeitdifferenz zwischen der Ausrichtung der Ladung und der formellen Uebernahme der Gestellung statuiren, innerhalb deren der Beklagte sich aus dem Staube gemacht hat und auch schon Kunde von seinem Aufenthaltsort eingelangt ist. Man könnte dieselbe ja mit der durch die Nothwendigkeit der Approbation des Vindex bedingten Verhandlung vor dem Magistrat oder arbiter ausgefüllt denken: dieses Verfahren müsste aber äusserst langwierig und schleppend gewesen sein und man würde dann wirklich nicht einsehen, wozu die umfangreichen Erhebungen über alle möglichen Verhältnisse durch die ägyptischen Behörden stattfinden, wenn im Bedarfsfalle die Gewinnung einer zuverlässigen Kenntniss über die Tauglichkeit des Bürgen erst erneuter langwieriger Untersuchung bedarf.

Der Annahme, dass in unseren Urkunden die römische Vindexverpflichtung zum Ausdruck gelange, widerstreitet auch der Inhalt von BGU III, 891 Verso. Wir finden hier für vier Beklagte drei Gestellungsbürgen; jeder Beklagte hat aber nach römischem Recht doch nur einen Vindex zu stellen.

Ebenso verhält es sich mit dem neu hinzugekommenen Papyrus aus der Sammlung des Lord Amherst (n. 139), welcher den gleichen formularen Thatbestand aufweist; er gestattet auf keinen Fall die Beziehung auf den Vindex.[1])

Hingegen lassen sich alle Urkunden vollkommen befriedigend erklären, wenn wir die in ihnen enthaltene Parastasiserklärung auf das dem Bürgen bei Abwesenheit des Hauptschuldners im Sinne der Novelle 4 zustehende beneficium beziehen. Schon Gradenwitz hat, wie oben bemerkt

[1]) Gegen die Annahme einer Reception des Vindex spricht auch der unrömische Charakter des verwandten Instituts der Vadimonien in Oxy. II 260; eine ältere Lehre nahm allerdings an, dass es Vadimonien gebe, die von beiden Parteien geleistet werden; die neuere Doctrin ist jedoch hievon mit Recht abgegangen (vgl. Wieding, Libellpr. 34 ff.).

wurde, angenommen, dass in BGU II 581 die Bürgschaft für einen Abwesenden geleistet werde; jetzt sehen wir aus BGU III 936 und für die übrigen Urkunden treten noch unterstützende Momente hinzu, dass die *ἐγγύη μονῆς καὶ ἐμφανείας* in der That ein rein zukünftiges Verhalten bezielt. Wenn der Bürge für den flüchtigen Gemeinderath garantirt, dass dieser dableiben und nicht latitiren werde, so ist doch klar, dass damit nicht die Fortsetzung eines entsprechenden gegenwärtigen Verhaltens gemeint sein kann. Es erscheint nun allerdings etwas merkwürdig, dass hier für den *ὑποβληθεὶς βουλευτής* nach seiner Flucht eine derart gefährliche Haftung übernommen werde; wir wissen ja, dass die flüchtigen Decurionen in jener Zeit wenig Lust haben, zurückzukehren und der Bürge, welcher jetzt für den fugitivus eintritt, kann mit ziemlicher Gewissheit darauf rechnen, dass er aus eigener Tasche werde zahlen können und im Regressfalle nichts oder nicht viel erreichen wird. Es ist besser, einen derartigen Heroismus in Geschäften des täglichen Lebens nicht vorauszusetzen; eher wird es am Platze sein, bei Erklärung des Zustandekommens der obigen Erklärung das eigene Interesse des Bürgen als maßgebend anzusehen. Ich denke mir den Hergang folgendermaßen: Der hier auftretende *ἐγγυητής* hat schon früher mit der Nomination die Bürgschaft für den zum munus decurionis Verpflichteten übernommen. Da dieser mit Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen in mora und abwesend ist, die Klage ihm also nicht zugestellt werden kann, wird der Garant in Anspruch genommen — Wenger sagt ganz richtig — in einem dem Verfahren zur Durchsetzung civilrechtlicher Ansprüche nachgebildeten Administrativverfahren; letzterer befreit sich nun von der sofortigen Leistungspflicht, indem er vor der Behörde sich bereit erklärt, den primär Obligirten an einem vom Magistrat zu bestimmenden Tage zu gestellen (damit gegen letzteren vorerst das Verfahren durchgeführt werde), ev. im Nichtgestellungsfalle dessen Defension zu übernehmen. Auf diese Erklärung hin bestimmt der Richter den Exhibitionstag.

Für BGU III 891 Verso empfiehlt sich die gleiche Auslegung. Wenger bezieht diese Urkunde auf das Civilverfahren und vermuthet als Klagsgegenstand den Schadensersatz-

anspruch aus der Unterschlagung einer Collecte *(ἐνκαλου-(μένους) ὑπὸ Χαιρή[μ]ονο[ς . .]ενος περὶ ἧς φησὶν πεποι[ῆ]σθαι λογίας)*; ich glaube, wir werden auch hier Verwaltungsverfahren voraussetzen können. Die Subjecte, die in unserem Falle erwähnt werden, sind die *οἱ γ ἀπὸ κώμης* als Bürgen, die *δ πρεσβύτεροι* als Beklagte und der Rechtsstreit dreht sich um eine *λογεία*. Nun sind die *πρεσβύτεροι*, wie Wilcken[1]) dargelegt hat, mit der Einhebung gewisser Steuern betraut und sie werden zu diesem Amte über Vorschlag der *οἱ ἀπὸ κώμης* berufen. Die *λογεία* ist also wohl die „Steuereinsammlung" und der Grund, weshalb die Dorfältesten als Beklagte erscheinen, vermuthlich die bei diesen Organen so beliebte *παραλογεία*. Wie kommen nun die „drei Männer von der *κώμη*" dazu, die Garantie für die vier *πρεσβύτεροι* zu übernehmen? Wieder erklärt sich die Sache von unserem Standpunkte ganz einfach. Die *πρεσβύτεροι* verwalten ihr Amt *κινδύνῳ τῶν ἀπὸ κώμης*[2]); letztere sind schon von vornherein, ex lege möchten wir sagen, für die ersteren verhaftet. Wie nun gegen die Dorfältesten die Klage eingebracht wird und der Klagslibell ihnen wegen ihrer Abwesenheit nicht zugestellt werden kann, werden die subsidiär haftbaren Bürgen in Anspruch genommen; diese machen nun in unserer Urkunde von dem durch Justinian gesetzlich geregelten, in Aegypten aber schon viel früher gewohnheitsrechtlich anerkannten beneficium Gebrauch, indem sie die Gestellung resp. Defension der rei versprechen. Wir sind bei Heranziehung der Novelle 4 auch leicht imstande, einen ganz bestimmten Inhalt für den in BGU III 891 citirten Bescheid und die ihm vorausgehende Tagsatzung anzugeben. Der Kläger hat nach der Vorschrift Justinians vor Abgabe der Gestellungserklärung zunächst die Haftung des fideiussor etc. darzuthun. Die Uebernahme der Bürgschaft durch die in unserer Urkunde mit Namen angeführten Personen war also in jener Tagsatzung nachgewiesen und wohl auch die Fruchtlosigkeit des Versuches der Klagszustellung constatirt worden. Der Bescheid geht nun dahin, dass der Bürge entweder die Gestellungserklärung zu leisten oder den Process zu übernehmen habe.[3])

[1]) Ostraka I 613ff. — [2]) Wilcken, l. c. 508f. — [3]) Das entspricht besser der Formulirung *οὕσπερ παραστήσομεν ..... ἀκολούθως τῷ γενο-*

Die zu BGU III 891 und 936 vorgeschlagene Interpretation ist auch für BGU II 581, sowie Grenf. II 62 und 79 anwendbar, Urkunden, in welchen es sich m. E. um reine Civilrechtsfälle handelt. Bei Grenf. II 79 col. II, wo die Parastasiserklärung eine Frau *Αὐρηλί[αν] Α[..]εαν γενομένην γυναῖκα* .... als die zu Gestellende nennt, könnte man nicht leicht an eine Liturgie denken, da m. W. Frauenspersonen als Verwalter der munera für Aegypten nicht bezeugt sind.[1]) Wie dem aber auch immer sei, auf keinen Fall wird man aus dem rein zufälligen Umstand, dass die oben erwähnten Urkunden und ein noch zu erwähnendes Beispiel einer Parastasiserklärung Liturgien betrifft, den Schluss ziehen dürfen, dass auch die übrigen Gestellungserklärungen die Verpflichtung zu einem munus im Auge haben, das durch sie verkörperte Institut also eine Specialität des Verwaltungsrechtes darstelle. Das Fehlen der auf eine Liturgie hinweisenden Attribute der zu Gestellenden in BGU II 581, Grenf. II 62 und 79 wird eben darauf zurückzuführen sein, dass es sich in ihnen um rein civilrechtliche Ansprüche handelt.

Auf das dem Bürgen nach der Gestaltung des ägyptischen beneficium excussionis bei Absenz des Principalschuldners zustehende Privileg ist auch das Gestellungsversprechen im Amh. Pap. n. 139 zu beziehen. Der formulare Inhalt desselben stimmt völlig mit dem der eben besprochenen Processurkunden überein und es ist nur die Frage, ob, wenn die Nominanten erklären, bei Säumniss (Abwesenheit) des Verbürgten diesen vorerst zu gestellen, im Nichtgestellungsfalle die Befriedigung der erhobenen Ansprüche zu bewerkstelligen, dieser Passus über den Rahmen einer Bekräftigung des allgemein geltenden Rechts hinausgeht, oder

---

μένῳ ὑπὸ σοῦ .... ὑπομνηματισμῷ als Wengers Annahme. Der *γνωστήρ* in BGU II 581 ist (vgl. auch Amh. n. 139) wohl nichts anderes wie ein Identitätszeuge. Vgl. Xenoph. Cyr. VI, 3, 39 ... *εἰ δέ τις* (sc. *τῶν ἐμπόρων χρημάτων προσδεῖσθαι νομίζαι, εἰς τὴν ἐμπολὴν, γνωστῆρας ἐμοὶ προσαγαγὼν καὶ ἐγγυητὰς, ἦ μὴν πορεύεσθαι σὺν τῇ στρατιᾷ, λαμβανέτω ὧν ἡμεῖς ἔχομεν* .....

[1]) Ueber andere Provinzen s. Liebenam, Städteverwaltung im römischen Kaiserreich pag. 285 f.

nur rein declaratorisch ist, mit anderen Worten: ob hier eine Anticipation jenes beneficiums vorliege, welches, wo die Bürgschaft der Behörde geleistet wird, bei Abgabe des Bürgschaftsversprechens vorbehalten werden kann, oder ob mit der Uebernahme der Bürgschaft vor dem Magistrat auch ohne Vorbehalt die erweiterte Subsidiarität ipso iure verknüpft ist. Die provinzialen Quellen geben kein Mittel zur Entscheidung dieser Frage an die Hand; indess möchte ich doch zu Gunsten der zweiten Alternative folgendes vorbringen.

In Novelle 4 werden wir belehrt, dass Papinian der Erfinder des dem subsidiär haftenden Bürgen bei Abwesenheit des beklagten Hauptschuldners zustehenden Gestellungsprivilegs sei. In den Digesten ist nun allerdings kein Fragment aus Papinian enthalten, welches als Bestätigung der Behauptung Justinians angeführt werden könnte. Gleichwohl wird an der thatsächlichen Geltung eines solchen Privilegs im römischen Rechte des zweiten Jahrhunderts nicht zu zweifeln sein, denn das vormals zur Reconstruction des Vindex verwendete Paulusfragment Dig. II, 4, 17 scheint mir durch die Beziehung auf das papinianische beneficium am besten erklärt zu werden. Dasselbe berücksichtigt die beiden oben geschiedenen Eventualitäten, in dem einen Falle wird, ähnlich wie in Amh. Pap. n. 139, die Bürgschaftsverpflichtung als solche dem Magistrate gegenüber eingegangen (qui apud officium cavit); von einem besonderen Vorbehalte des Gestellungsprivilegs ist nicht die Rede, die Exhibition erscheint vielmehr als die ipso jure eintretende Folge des cavere apud officium. In dem zweiten BGU II 581; III 936 etc. analogen wird die Subsidiärbürgschaft zwar nicht apud officium übernommen (etsi officio non caveat), sondern zu der privaten Vereinbarung (gesetzlichen Haftung) die ergänzende Gestellungserklärung apud acta hinzugefügt.

Bei dieser Auffassung erscheint die Einreihung des Paulusfragmentes in den Digestentitel über Ausrichtung der ersten Ladung begreiflich. In dem Falle des apud officium cavere wird die Exhibitionspflicht erst praktisch, wenn ein Ladungsversuch wegen Abwesenheit des Hauptschuldners fruchtlos geblieben ist und im zweiten wird sie erst nach Constatirung des negativen Resultates der ersten

Ladung begründet. Der Bürge, welcher die Parastasis zu bewirken hat, muss nun gewiss dem Schuldner irgendwie sich über seine Befugniss zur ductio legitimiren; ich glaube, dass dies auf keine bessere Art als durch Zustellung der Klage geschehen kann und in einem solchen Falle der fideiussor als Zustellungsorgan fungirt; darum seine Erwähnung im Titel de in ius vocando.

Wenn die für das Paulusfragment vorgeschlagene Interpretation auch für das ägyptische Recht anwendbar sein sollte, so wird man die Parastasiserklärung in Amh. n. 139 als rein declaratorisch auffassen können. Es würde sich als Folge davon eine Unterscheidung der Wirkungen der Bürgschaft, je nachdem sie vor dem Magistrate oder in einer Privaturkunde eingegangen wird, ergeben; der Letzteren wäre die gesetzliche, nicht durch specielle Erklärung vor der Behörde bekräftigte Bürgschaft gleichzuachten. Die Nomination ist ja nicht immer mit einer ausdrücklichen Bürgschaftserklärung apud officium (apud acta) verbunden [1]) und der Nominant steht dann dem privaten Vertragsbürgen gleich.[2])

Durch Combination der aus dem Lond. Pap. II n. 311 und den Gestellungsurkunden sich ergebenden Lehren sind wir zu dem Resultate gelangt, dass dem Bürgen das beneficium excussionis in seiner vollen Ausgestaltung [3])

---

[1]) Vgl. etwa die Eingabe Genf. n. 37 (186/187 p. C.) u. a. m. — [2]) Man wäre vermöge Amh. n. 139 zu der Annahme geneigt, dass das Gestellungsprivileg auch in diesen Fällen noch vor Erhebung einer Klage durch Erklärung apud acta geltend gemacht werden könne und die obigen Urkunden, sofern sie den zu Gestellenden nicht ausdrücklich als ἐγκαλούμενος bezeichnen, noch vor der Klagseinbringung ausgestellt seien. Aber BGU III 936 zeigt mit Evidenz, dass dem nicht so ist. Es kann nicht bezweifelt werden, dass die Uebernahme der Bürgschaft für den flüchtigen Decurionen vorlängst erfolgt ist; warum besinnt sich der Bürge erst nach dem Verschwinden des debitor principalis darauf, dass er das Gestellungsprivileg geltend machen könne? Hat man ihn bisher unbehelligt gelassen, so wäre es sehr unklug von ihm, die Flucht des Verbürgten zur Kenntniss der Behörde zu bringen. Es wird sich wohl nichts anderes vermuthen lassen, als dass die Klage gegen den fideiussor bereits erhoben wurde und er, um den Leistungstermin hinauszuschieben, die Parastasis verspricht. — [3]) Die Frage, ob das durch Nov. 4 c. 2 constituirte bene-

schon in der ersten Hälfte des zweiten nachchristlichen Jahrhunderts, also vor Papinian in Aegypten in Wirksamkeit gewesen ist. Die Bemerkung Justinians wird sohin dahin zu interpretiren sein, dass der genannte Jurist das Gestellungsprivileg zuerst in den civilen (römischen) Rechtsverkehr eingeführt hat. Die Quelle bildete das Peregrinenrecht, welches Papinian als Gutachter und in anderweitiger praktischer Thätigkeit in Rom kennen zu lernen, hinreichend Gelegenheit hatte.

Wie sehr gerade auf dem Gebiete des Bürgschaftsrechts das Volksrecht anerkannt wurde, zeigt Gai. III 120:

> ..... sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas eius utatur.

---

ficium in Aegypten in Geltung gestanden ist, lässt sich vorläufig noch nicht beantworten; dass das letztere auf einer gleichartigen älteren Ordnung beruht, wird in der Novelle selbst deutlich zum Ausdrucke gebracht (c. 2 in fin. ... *ὁ μὲν οὖν παλαιὸς νόμος ταύτῃ κρατείτω τε αὖθις καὶ μετὰ ταύτης τῆς δικαιοσύνης τε καὶ τῆς διαιρέσεως τοὺς ἡμετέρους ὑπηκόους θαλπέτω)*. Nicht zu verwerthen ist die bekannte Constitution 8, 13, 10 (ex 290); dieselbe könnte allerdings an einen Adressaten des Ostens gerichtet sein; aber gegen die Lehre Dernburgs, Röm. Pfandrecht II. Bd. pag. 377 f., dass in diesem Erlasse eine Vorstufe des beneficium excussionis personalis bei gegen den Drittbesitzer gerichteter Pfandklage zu erblicken sei, ist von Mitteis (zu CPR n. 19 pag. 89 f.) richtig bemerkt worden, dass die grammatische Construction die Annahme der Identität des Pfandbesitzers und Pfandschuldners erfordere und der Erlass lediglich besage, es sei den Schuldnern, bevor sie zum Abschluss der Litiscontestation gezwungen werden, entsprechend der Ordnung des Ladungsverfahrens im Denuntiationsprocess eine Frist zur Vorbereitung zu lassen.

III. Capitel.

Der *ἄγραφος γάμος* des syrisch-römischen Rechtsbuches.

Bis auf die jüngste Zeit war man zu Folge einer bekannten Notiz des Damascius in der Lebensgeschichte des Neuplatonikers Isidor [1]), welche in ihrer absoluten Geltung durch nichts zu widerlegen, sondern vermöge Uebereinstimmung des Berichteten mit dem, was andere Quellen über altorientalisches Eherecht lehrten [2]), nur zu bekräftigen war, genöthigt, für Aegypten anzunehmen, dass hier die Beobachtung der Schriftform bei Eingehung der Ehe ein essentiale negotii bilde, und daher jede nicht schriftlich abgeschlossene Ehe nicht mehr als ein Concubinat sei. Ausserdem wurde durch mehrere altägyptische Urkunden sehr wahrscheinlich, dass in Aegypten dem definitiven Abschluss der Ehe ein Probejahr vorausging, hauptsächlich zu dem Zwecke, um die weibliche Fruchtbarkeit zu erproben [3]); auf diese Institution des einjährigen Provisoriums schien sich der Erlass Zenos aus dem Jahre 475 Cod. Just. 5, 5, 8 zu beziehen, welcher in Bekämpfung der ägyptischen Anschauung, dass, wo die copula carnalis nicht vollzogen sei [4]), eine

[1]) Photios Bibl. 242 pag. 338 B. 26 ed. Bekker sagt von den Alexandrinern ... *οὐκ ἦν γνήσιος ὁ γάμος, εἰ μὴ ὁ ἱερεὺς ὁ τῆς θεοῦ ἐν τοῖς γαμικοῖς συμβολαίοις ὑπεσημήνατο χειρὶ τῇ ἑαυτοῦ.* — [2]) S. die von Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht pag. 226 ff. angeführten Analogien des syrisch-römischen und jüdischen Rechtes; darüber die folgende Untersuchung. — [3]) Mitteis a. a. O. pag. 223. — [4]) ... certis legum conditoribus placuit, cum corpore non convenerunt, nuptias non videri re esse contractas.

giltige Ehe nicht vorliege, das Eheverbot der Schwägerschaft auch in einem solchen Fall gegeben ansieht und die dem Verbote zuwider geschlossene Ehe als matrimonium incestum verdammt.

In ersterer Beziehung sind unsere Kenntnisse durch neuere Papyruspublicationen ganz wesentlich modificirt worden. Wir wissen jetzt in unanfechtbarer Weise, dass in der römischen Kaiserzeit in Aegypten eine doppelte Art giltiger Ehe bestanden hat, der vollwertige *ἔγγραφος γάμος* und der anscheinend minderwerthige *ἄγραφος γάμος* und sind auch über das Wesen beider Formen in der Hauptsache in Klarem. *Ἔγγραφος γάμος* ist nicht jede in Schriftform geschlossene Ehe und es steht ihm der *ἄγραφος γάμος* auch nicht als mündlich geschlossene gegenüber; es kommt vielmehr auf den Inhalt der schriftlichen Abmachung an, welcher für den *ἔγγραφος γάμος* ein fest umgrenzter ist; damit von einem solchen gesprochen werden kann, muss ein Ehecontract mit Verabredungen über *φερνή* (und *δωρεά*) vorliegen.[1]) Der Gegensatz zwischen beiden Eheformen äussert sich, soweit wir bis jetzt unterrichtet sind[2]), auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts. In dem Wiener Processprotokoll CPR n. 18 ex 124 p. C. wird durch das Gutachten des vom Verhandlungsleiter befragten Juristen die klägerische Rechtsanschauung bestätigt[3]), dass nach ägyptischem Landrecht Kinder aus einem *ἄγραφος γάμος* nicht die Befugniss besitzen, bei Lebzeiten des Vaters ein Testament zu errichten, und aus der 'petition of Dionysia' Oxy. II 257 ex 186 p. Chr.[4]) ergiebt sich zumindest für die Zeit, da der Rechtsstreit schwebt, dass dem Vater das Scheidungsrecht der Ehe der Tochter aus einem *ἄγραφος*

---

[1]) Nachgewiesen von Mitteis, Arch. f. Papf. I 345ff. — [2]) Es ist anzunehmen, dass auch bezüglich der Rechtsstellung der Frau andere Normen bei *ἔγγραφος γάμος* und *ἄγραφος γάμος* bestanden haben; über eine m. M. auf diesen Gegensatz zurückzuführende vermögensrechtliche Bestimmung des verwandten syrisch-römischen Rechtes s. unten pag. 91. — [3]) Z. 25ff. das Gutachten des *νομικός*, woraus die Rechtsausführung des Klägers in Z. 12f. zu beurtheilen ist. Vgl. Mommsen, Ztschr. der Sav.-St. XII. Bd. pag. 294ff., insbes. pag. 295 Anm. 3. — [4]) col. VII 12ff., hievon theilweise abweichend das responsum VIII 4ff., dazu Mitteis' Auseinandersetzung Arch. l. c. p. 343f.

γάμος zusteht, sofern dieselbe sich nicht *ἐγγράφως* verheirathet, bei einer Tochter aus Schriftehe aber stets abgeht. Durch diesen jetzt klar zu Tage tretenden Dualismus bezüglich der Eingehung der Ehe ist die Autorität der eingangs erwähnten Schriftstellernotiz sehr erschüttert[1]), denn man muss es, wie Mommsen betont, „in jeder Beziehung wahrscheinlich halten, dass diese Ordnung in vorrömische Zeit zurückreicht und nur vermöge der Indulgenz, welche die römische Reichsregierung auch anderen Institutionen zukommen liess, sich erhalten hat". Auf diesem Standpunkte steht auch Mitteis; anknüpfend an die schon früher bekannte Thatsache der ägyptischen Probeheirath erblickt er in dem *ἄγραφος γάμος* eben jenes Provisorium, welches der Regel nach dem Abschlusse der Schriftehe vorausgeht und in ihr seine Ergänzung findet, jedoch auch als social minderwerthige Ehe thatsächlich für die Dauer eingegangen wird ohne je in das Definitivum des *ἔγγραφος γάμος* sich zu verwandeln.

Auf die weitere Grundfrage, über welche der Rechtshistoriker gern Auskunft haben möchte, ob die von Mitteis angenommene Combination der Probe- und der definitiven Ehe den ursprünglichen Rechtszustand darstellt oder ob in einer früheren Periode die eine oder die andere Form die ausschliesslich anerkannte gewesen sei, verweigern die enchorischen Quellen derzeit noch jede Antwort. Gleichwohl bin ich der Ansicht, dass sich schon heute über diesen dunklen Punkt bei Berücksichtigung der Entwickelung gleichgearteter Eherechte des Orientes eine ziemlich sichere Auskunft wird gewinnen lassen und man wird dieselbe gewiss nicht aus dem Grunde ablehnen, weil sie nicht zu dem Resultate führt, auf welches die Damasciusstelle hinzuweisen scheint.

Die Bemerkungen von Mommsen und Mitteis über den Ursprung des ägyptischen *ἄγραφος γάμος* regen zu einer neuerlichen Untersuchung über das Eherecht des syrisch-römischen Rechtsbuches an. Wir finden hier in der ägyptischen Terminologie gesprochen den gleichen Dualismus

---

[1]) A. M. allerdings Paul Meyer in Ztschr. d. Sav.-St. XVIII 51f

von *ἔγγραφος γάμος* und *ἄγραφος γάμος* und die unterscheidenden Merkmale beider Formen sind hier wortdeutlich in der gleichen Weise, wie sie für Aegypten zu Tage getreten sind, angeführt. Der einzige bisher erkannte Unterschied in den Rechtsfolgen besteht in der erbrechtlichen Zurücksetzung der Kinder aus einem *ἄγραφος γάμος* bei Concurrenz derselben mit Kindern aus einem *ἔγγραφος γάμος*; in einem solchen Falle sind bei Intestaterbfolge die ersteren nicht successionsberechtigt und bei testamentarischer Erbeinsetzung gilt hier die Besonderheit, dass der Vater sie als fremde instituiren muss [1]), widrigenfalls wegen falsa demonstratio die Verfügung nichtig ist.[2]) Aber auch nach dem syrisch-römischen Rechtsbuch ist grundsätzlich die schriftlose Ehe weit verschieden von einem Concubinat, sie ist eine völlig legitime Ehe, die Kinder aus einer solchen sind, den ebenerwähnten Concurrenzfall abgesehen, eheliche und der Vater kann sie testamentarisch zu Erben einsetzen als seine Kinder oder als fremde. Zum Unterschied von Aegypten wird nun von Bruns[3]) (dem Mitteis[4]) hier gefolgt ist) für Syrien angenommen, dass der in dem fünften Jahrhundert n. Chr. fixirte Rechtszustand nicht in vorrömische Zeit zurückreiche, sondern unter dem Einflusse des römischen Rechtes entstanden sei, welches, auf dem reinen Consensprincip beruhend, dem enchorischen Recht, welches die Schriftlichkeit als unbedingtes Erforderniss für die Giltigkeit des Eheschliessungsactes aufstellt, entgegentritt, dieses aber nicht überwinden kann.

---

[1]) L. 36 = P. 16 = Ar. 18 = Arm. 12 (72). — [2]) Wie Mitteis a. a. O. pag. 226 Anm. 2 lehrt, liegt hier eine Einwirkung römischer Kaisererlässe vor, welche Ausnahmen von der Regel, 'falsa demonstratio non nocet', statuirt haben. Damit ist aber noch nicht aufgeklärt, warum es in diesem Falle falsa demonstratio ist, wenn der Vater sie als eigene einsetzt; in L. 35 (= Ar. 17; P. 15) ist ihm ja diese Bezeichnung ausdrücklich anheim gestellt. Der Grund wird vielleicht doch darin gelegen sein, dass hier der gleichzeitige Bestand eines *ἄγραφος γάμος* und *ἔγγραφος γάμος* vorausgesetzt wird und wo der letztere zu ersterem hinzutritt oder ihm vorausgeht, angenommen wird, es habe bei Eingehung des *ἄ. γ.* der Wille, eine Ehe zu schliessen, gefehlt. — [3]) in seinem und Sachaus Comm. zum syr.-röm. Rechtsbuch pag. 267ff. — [4]) Reichsrecht und Volksrecht pag. 226, 290f.

Zu dieser zu Gunsten des Reichsrechts entschiedenen Frage nach dem Ursprunge des syrischen ἄγραφος γάμος haben wir im Folgenden Stellung zu nehmen: Es handelt sich hier im Wesentlichen um eine Ueberprüfung der Brunsschen Interpretation unseres Rechtsbuches. Hiebei ist es nicht werthlos, sich den Wortlaut der einzelnen Varianten vor Augen zu halten.

In Lond. 93, womit P. 41 fast wörtlich übereinstimmt, geht der die Gleichstellung beider Eheformen aussprechenden Norm eine Geschichtserzählung voraus:

> „Was betrifft die Ehe der Menschen, die φερνὴ und die δωρεά, welche Weib und Mann unter sich schreiben, so gab es viele Völker, welche nicht die Sitte haben, sich des Schreibens zwischen Mann und Weib, welches φερνὴ heisst, zu bedienen, sondern es genügt ihnen allein, dass sie mit παρρησία die Weiber freien und sie mit der gepriesenen Krone der Jungfrauschaft krönen, damit sie in Frieden und Freude die Weiber vom Hause ihrer Eltern in ihre Häuser führen, und diese παρρησία nehmen die Gesetze an gleich den φερναί, die zwischen Weib und Mann geschrieben werden."

Ar. 52 schickt dem Tenor des Gesetzes eine ähnliche Motivirung voraus wie Lond. 93, in welcher sich für die Interpretation wichtige, zum Theil unverstandene Ausdrücke finden:

> „Weil viele Menschen sich verheirathen ohne Eheschenkung und Mitgift, so ist dies Gesetz geworden in einigen Ländern; sie haben nicht die Gewohnheit, unter sich ein Document zu schreiben, sondern sie beschränken sich auf die Uebereinstimmung der Weiber, um die gefreit wird und auf das Zeugniss der Verwandten unter einander. Dann wird das Weib in öffentlichem Aufzuge und mit der Krone und mit Lustbarkeit von dem Hause ihres Vaters zu der Wohnung ihres Gatten geleitet. Wir haben befohlen, dass der Richter gestatte, wenn eine Verheirathung dieser Art vorkommt, ohne dass es allgemeine Sitte war, wie er auch die Verheirathung mit dem Document erlaubt."

Wegen eines charakteristischen Ausdruckes ist hier auch die kurze armenische Version (Arm. 52) anzuführen:

> „In einer Provinz besteht die Sitte, dass man die dos und donatio nicht in einem Schreiben aufschreibt, sondern, dass sie frei sich verheirathen und die Krone des Segens nehmen."

Diese Sätze bieten der Exegese einige Fragen. Welche Bedeutung kommt „der gepriesenen Krone der Jungfrauschaft", mit welcher nach den drei ersten Versionen die Frau gekrönt wird, „der Krone des Segens, welche sie nehmen" [1]), im Eheritus zu? Bruns hat dieser Frage, deren Erörterung, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, zur Aufklärung einer bisher unverständlichen Bestimmung vermögensrechtlicher Natur führt, keinerlei Wichtigkeit beimessen zu sollen geglaubt, sondern sich begnügt, auf eine, seiner Ansicht nach ähnliche durch Festus bezeugte Sitte hinzuweisen, wonach die römische Braut am Hochzeitstage einen aus von ihr selbst gelesenen Blüthen und Kräutern verfertigten Kranz (corolla) trug. Auf die Schwierigkeiten, welche die Feststellung der Bedeutung des in der Londoner und Pariser Handschrift begegnenden Wortes *παρρησία* macht, hat Bruns ausdrücklich hingewiesen. Dass die gewöhnliche Uebersetzung libertas (loquendi) hier unanwendbar ist, steht fest, aber eben so sicher ist, was Bruns entgangen zu sein scheint, dass die armenische Version das Wort so auffasst. Auch die durch das neue Testament hinreichend belegte Bedeutung-„Oeffentlichkeit" ist von Bruns schlechthin zurückgewiesen worden; so blieb für ihn nichts anderes übrig, als auf die Etymologie von *παρρησία* zurückzugehen und den mit der schriftlichen Eingehung der Ehe bei *ἔγγραφος γάμος* anscheinend correspondirenden Ausdruck „mündlich" für *ἄγραφος γάμος* zu wählen, wiewohl eine derartige Uebersetzung durch kein positives Zeugniss aus der Litteratur zu belegen ist. In der in Ar. 52 geforderten „Uebereinstimmung der Weiber" sieht Bruns den Ausdruck des hier zur Geltung kommenden römischen Consensprincipes, die

---

[1]) Es ist ungewiss, ob die armenische Version da wieder nur die Weiber oder beide Nupturienten meint.

Heimführung ist die römische in domum ductio; für das hier gleichfalls verlangte Zeugniss der Verwandten weiss Bruns keine passende Function ausfindig zu machen, es ist im römischen Recht nicht gefordert und daraus ergiebt sich, dass „die Uebereinstimmung der Verwandten natürlich unwesentlich ist“.

Die erwähnte Bedeutung von παρρησία in Verbindung mit der „römischen in domum ductio“ und der in der arabischen Handschrift deutlich zu Tage tretenden Betonung des römischen Consensprincipes ist für Bruns entscheidend für die Lösung der geschichtlich wichtigen Frage, welche Volksstämme die Londoner und Pariser Handschrift im Auge haben, wenn sie von Nationen reden, welche nicht die Sitte haben, sich schriftlicher Documente bei Eingehung der Ehe zu bedienen. Es ist der Gegensatz von Ost und West, zwischen römischem und orientalischem Recht. Für seine Interpretation ist Bruns in der Lage, sich darauf berufen zu können, dass die Pariser, arabische und armenische Handschrift bei anderer Gelegenheit thatsächlich einen Unterschied zwischen Völkern der auf- und untergehenden Sonne machen, wobei die letztgenannte Version Griechenland und Constantinopel ausdrücklich den Ländern des Westens beizählt.[1]) Auch in unserem Falle nimmt Bruns an, dass Griechenland und Constantinopel zu den westlichen Völkern gehören und weist darauf hin, dass das römische Recht damals schon längst unbestrittene Geltung in diesem Gebiete erlangt hat.

Diese Interpretation und die aus ihr gefolgerte Lehre über den Einfluss des Reichsrechts auf das Volksrecht ist m. E. in allen Punkten verfehlt. Die Krone der Jungfrauschaft ist nicht die römische corolla, das Wort παρρησία bedeutet hier nicht so viel wie „mündlich“, die Uebereinstimmung der Weiber ist nicht ein Ausfluss des römischen Consensprincipes, das Zeugniss der Verwandten untereinander höchst wesentlich, die Heimführung ist nicht die römische in domum ductio, die Unterscheidung der Völker des ἄγραφος γάμος und ἔγγραφος γάμος

---

[1]) Bestimmungen über die Höhe der δωρεά Par. 40 Ar. 51 Arm. 45.

hat nicht den Gegensatz von Osten und Westen im Auge und das römische Eherecht ist auch nicht in Griechenland zu unbestrittener Geltung gelangt: Die Consequenz für die Hauptfrage ergiebt sich von selbst.

Der Fehler der Bruns'schen Interpretation beruht darauf, dass sie das Material unverwerthet gelassen hat, welches schon früher volle Aufklärung in allen uns hier interessirenden Einzelfragen geboten hätte; ich meine den auch nach Bruns in den Erörterungen über den Dualismus von Schriftehe und schriftloser Ehe übersehenen Kreis der byzantinischen Rechtsquellen nachjustinianischer Zeit und die gesicherten Ergebnisse der Forschungen über das Eherecht im benachbarten Palästina vor und zu der Zeit der Abfassung des syrisch-römischen Rechtsbuches.

Das justinianische Recht hat ungeachtet der Rechtsanschauungen in der östlichen Reichshälfte, für welche es doch auch als allgemein giltige Norm zu wirken berufen war, daran festgehalten, dass der Consens zur Eingehung der Ehe genüge, die Consummation und Schriftlichkeit der vermögensrechtlichen Verabredungen hiegegen nicht erforderlich sei. Der Ansicht, dass copula carnalis die Ehe begründen könne, ist in zwei Digesteninterpolationen ausdrücklich entgegengetreten worden [1]), und auch die Ausnahmen, welche bezüglich des Schrifterfordernisses getroffen worden sind, haben keine principielle Bedeutung, sondern beruhen auf speciellen, nur für die geregelten Fälle zutreffenden Erwägungen. Die eine betrifft die Ehen der höheren Staatswürdenträger. Die Novelle 117 c. 4 hat für die letzteren bis zur Rangclasse der illustres die Schriftehe als einzig zulässige Form festgesetzt. Das Motiv zu diesem Erlass ist nicht etwa die geringere sociale Bewerthung eines ἄγραφος γάμος, es soll vielmehr den unerquicklichen Streitigkeiten, welche gerade in diesen Kreisen vermöge der Complicirtheit der Eheverabredungen häufiger waren, durch schriftliche Fixirung vorgebeugt werden. Die zweite Ausnahme ist aus Justinians Vorschriften über die Legitimation

[1]) Vgl. Kübler, Ztschr. der Sav.-St. XI. Bd. pag. 49 zu Dig. 24, 1, 32, 13 und 35, 1, 15.

der Concubinenkinder zu entnehmen. In Cod. Just. 5, 27, 10 und 11 wird erwähnt, dass, wenn jemand ohne affectio maritalis sich mit einer Frauensperson verbunden, und mit ihr Kinder gezeugt hat, sie nachträglich aber ein Dotalinstrument aufgesetzt haben, Gattin und Kinder hiedurch legitimirt werden. Dieses Princip ist dann in Novelle 17 c. 11 auf die Ehe mit einer unfreien Concubine und die Legitimation der im Concubinat erzeugten Kinder angewendet worden. Die Voraussetzungen der Legitimirung sind Manumission von Frau und Kindern, Consummation der Ehe und documenta nuptialia. Der Grund, weshalb in allen diesen Fällen der Ehe mit einer Concubine der ἔγγραφος γάμος obligatorisch erklärt wird, ist einfach der, dass die affectio maritalis durch in domum ductio in solchen Fällen nicht hervortritt und eine andere civilrechtliche Eheschliessungsform im justinianischen Recht nicht anerkannt ist.

Wie wenig das justinianische Recht mit seiner unificirenden Tendenz im Eherecht des Ostens zum Durchbruch gelangt ist, zeigt das System der 749 p. Chr. verfassten Ecloge. Den zweiten Titel leitet der Satz ein: *Συνίσταται μνηστεία (γάμος) χριστιανῶν, εἴτε ἐγγράφως, εἴτε ἀγράφως μεταξὺ ἀνδρός τε γυναικὸς* und über die Form, wie jede dieser beiden Arten der Ehe eingegangen wird, unterrichtet Ecl. II 3, 8:

> *ἀγράφως συνίσταται γάμος ἀδόλῳ συναινέσει τῶν συναναλλασσόντων προσώπων καὶ τῶν τούτων γονέων εἴτε ἐν ἐκκλησίᾳ τοῦτο δι' εὐλογίας ἢ καὶ ἐπὶ φίλοις γνωρισθῇ ἀλλὰ καὶ οἱοσδήποτε εἰσοικιζόμενος γυναῖκα ἐλευθέραν καὶ καταπιστεύων αὐτῇ τὴν τοῦ ἰδίου οἴκου διοίκησιν τε καὶ περιουσίαν καὶ ταύτῃ σαρκικῶς συμπλεκόμενος συναλλάσσει πρὸς αὐτὴν γάμον ..... ἐγγράφως συνίσταται γάμος δι' ἐγγράφου προικῴου συμβολαίου ὑπὸ γ̄ ἀξιοπίστων μαρτύρων κατὰ τὰ παρ' ἡμῶν ἀρτίως εὐσεβῶς νομοθετουμένα ....*

An diese letzteren Worte schliesst sich eine eingehende Beschreibung des Inhaltes des Dotalinstrumentes an.

Wir finden hier — und das berechtigt uns zur Heranziehung so später Quellen für die Erklärung des dem fünften Jahrhundert angehörenden syrisch-römischen Rechtsbuches — die charakteristischen Merkmale des *ἔγγραφος γάμος* und

ἄγραφος γάμος wieder. Der erstere wird durch Dotalinstrument geschlossen, bei der schriftlosen Ehe fehlt die Dos; sie ist nach dem Rechte der Ecloge die bei Mangel eines Vermögens subsidiär zulässige Form und die älteste Recension sagt deshalb ausdrücklich *εἰ κατὰ στένωσιν ἢ διὰ ταπείνωσιν μὴ δυνηθῇ τις εὐπρολήπτως καὶ ἐγγράφως ποιῆσαι γάμον ἀγράφως συνίσταται γάμος κτλ.* Als die Formen, aus welchen bei schriftloser Ehe auf die hier neben dem Consens der Eltern als erforderlich bezeichnete Willensübereinstimmung geschlossen wird, werden angeführt die Benediction in der Kirche, die Erklärung inter amicos und die in domum ductio mit nachfolgender Uebergabe des Hauswesens an die Frau und Vollzug der copula carnalis. Die Identificirung der hier genannten Eheschliessungsformen mit jenen des syrisch-römischen Rechtsbuches wird sich erst später vornehmen lassen. Die Abweichung vom römischen Recht tritt deutlich zu Tage. Es ist hier nie gefordert worden, dass die Consummation zur in domum ductio hinzutrete, von einer römischen Ehe, die inter amicos abgeschlossen wird, wissen wir nichts und die Eulogie ist eine kirchliche Ceremonie, die im just. R. nirgends als Ehebegründungsact erwähnt ist.

Bemerkt zu werden verdient[1]), dass nach dem Rechte der Ecloge auch die secundae nuptiae schriftlich oder ohne Schrift geschlossen werden können; welche der vorhin genannten Formalitäten hier zulässig ist, wird nicht ausdrücklich gesagt; es wird sich jedoch sofort ergeben, dass in diesem Falle eine Einschränkung zu machen ist und die Vorschrift des c. 8 in toto sich nur auf die erste Ehe bezieht.

Eine sehr werthvolle Ergänzung gewährt die Epanagoge, welche uns zeigt, dass der Dualismus von *ἄγραφος γάμος* und *ἔγγραφος γάμος* noch im Eherecht des neunten Jahrhunderts eine gewisse Bedeutung besitzt. In XVI, 1 wird hier die Ehe ganz im Sinne der Digesten als die coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae definirt und hinzugefügt, sie werde ausschliesslich *εἴτε δι᾽ εὐλογίας εἴτε δι᾽ στεφανώματος, ἢ διὰ συμβολαίου* (sc. *προικώου*) ge-

[1]) Ecl. II 10.

schlossen. Nur einen Folgesatz dieser Regel enthält die Bemerkung in c. 11 f., ein matrimonium legitimum könne auch ohne Dosbestellung eingegangen werden und sei auch dann vorhanden, wenn die Consummation nicht vollzogen wurde.[1]) Die Eheschliessung *δι' εὐλογίας* eignet schon nach der Lehre der Ecloga dem *ἄγραφος γάμος*; dahin werden wir auch die Ceremonie der Krönung zu rechnen haben.[2]) Die letztere ist im griechisch-orientalischen Kirchenrecht, wie es seit dem frühen Mittelalter bis auf den heutigen Tag noch in Geltung steht, für gewöhnlich mit der Benediction verbunden und der Eheschliessungsact wird deshalb promiscue bald als *εὐλογία*, bald als *στεφάνωμα* bezeichnet.[3]) Der kirchliche Eheritus ist es nun eben, der in der Epanagoge ausschliesslich und der Ecloga in erster Linie als Eheschliessungsform anerkannt und festgesetzt wird, wo die rein civile Form *δι' προικώου συμβολαίου* nicht gewählt wird. Wir werden daraus zunächst für die Auslegung von Epanag. XVI, 1 entnehmen, dass hier trotz der disjunctiven Form *εἴτε δι' εὐλογίας, εἴτε διὰ στεφανώματος* nicht zwei grundsätzlich verschiedene Acte gemeint sind und wenn die Ecloga nur von nuptiae *δι' εὐλογίας* spricht, so wird man daraus nicht folgern dürfen, dass die Anerkennung der *στεφάνωσις* ein Novum des späteren Rechtes sei; es ist hier vielmehr dasselbe, was die Epanagoge lehrt, mit einem Worte gesagt. Damit erhalten wir eine Analogie zum syrisch-römischen Rechtsbuch; denn in allen Versionen desselben erscheint die Krönung, an welche sich die in domum ductio secundär anschliesst, als zum Ritus des *ἄγραφος γάμος* gehörig.

Die Analogie geht noch weiter. Es ist von Interesse, dass die Bestimmung Justinians über die bei Schliessung der Ehe zwischen einem Freien und seiner unfreien Concubine zu beobachtende Form in der Ecl. ad Proch. auct. wieder-

[1]) § 11 .. *ὁ γάμος καὶ χωρὶς προικώων συμβολαίων συνίσταται, δηλονότι φυλαττομένης τῆς τοῦ νόμου παρατηρήσεως.* § 12 .. *τὸν γάμον οὐ τὸ συγκαθευδῆσαι ἀλλήλοις τὸν ἄνδρα καὶ τὴν γυναῖκα συνίστησιν* ..... — [2]) Vgl. das Schol. zu Epanag. XVI 27 .... *εἰ μέντοι τὰ πάλαι προικῷα τῶν ἄρτι γαμικῶν στεφάνων καὶ εὐλογιῶν εἴτε κυριώτερα εἴτε ἀσθενέστερα πρὸς σύστασιν γνησίου γάμου τοῦτο νομοθετικῆς ἐπικρίσεως τε ὁμοῦ καὶ δυνάμεως ἀποφήνασθαι.* -- [3]) Vgl. Zhisman, Das Eherecht der orientalischen Kirche pag. 156.

kehrt.[1]) Der Mann muss der von ihm freigelassenen Sclavin eine Mitgift geben und durch die Verschreibung werden die Concubine und die in der vorehelichen Geschlechtsgemeinschaft erzeugten Kinder legitimirt. Warum kann die Sclavin nicht ἀγράφως geheirathet werden? Man kann sich nicht darauf berufen, dass in dieser Norm einfach die Vorschrift Justinians recipirt sei. Im justinianischen Recht giebt es im Princip nur eine nicht schriftliche Eheschliessungsform, die hier, wie oben erwähnt, unanwendbar ist; das Recht der Ecloge hat aber die Acte der Benediction und Krönung, welche vermöge der Publicität und ihres specifischen Charakters als Ehecere-

[1]) Ecl. ad Proch. mut. 28, 8. *Ὁ ἐκ δούλης ἐσχηκὼς παῖδας, καὶ ταύτην ὕστερον ἅμα τοῖς παισὶν ἐλευθερώσας καὶ προῖκα αὐτῇ ποιήσας ταύτην μὲν νόμιμον ποιείτω γαμέτην καὶ τοὺς παῖδας γνησίους.* Dass hier ein *προικῷον συμβόλαιον* gemeint ist, zeigt die analoge Bestimmung ibid. 28, 7: *ὁ ἐξ ἀπελευθέρας ἔχων παῖδας εἰ ποιήσει προικῷον συμβόλαιον γνησίους αὐτοὺς ποιεῖ, καὶ προτέχθησαν.* Diese Normen greifen in materieller Beziehung über die Nov. 18 c. 11 hinaus; die Legitimation ist nicht auf den Fall, dass der Mann keine legitime Nachkommenschaft besitzt, beschränkt. Auf die obige Vorschrift Justinians ist m. M. auch Epanagoge XVI, 20 zu beziehen (*Ὁ ἐλευθερώσας δούλην δύναται αὐτὴν ἀγαγέσθαι γνησίας μὴ ὑπούσης αὐτῷ γονῆς*). Zachariae (im Index zu seiner Ausgabe) ist allerdings der Ansicht, dass hier Cod. Iust. 5, 4, 15 (Dioclet. et Maximian Tatiano: Uxorem libertam suam manumissori, si non sit ex his personis quae specialiter prohibentur, ducere non est interdictum, et ex eo matrimonio iustos patri filios nasci certissimum est) recipirt sei. Dem Erlass Diocletians ist aber die obige Einschränkung *γονῆς μὴ ὑπούσης* fremd. In welcher Form die Eheschliessung zu erfolgen habe, sagt Epanag. XVI, 20 nicht, kann jedoch nicht zweifelhaft sein. Wenn das Schol. ad h. l. bemerkt: *ἀλλὰ καὶ γονῆς ὑπούσης ἐὰν γένωνται προικῷα κατὰ τὴν νεαράν*, so soll damit wohl keineswegs ein Gegensatz bez. der Form zum Ausdruck gebracht werden; andernfalls hätte ja die Berufung auf die Nov. Iust. keinen Sinn; der Scholiast will lediglich sagen, dass auch in dem Fall, als legitime Nachkommen vorhanden sind, die Formvorschrift der *νεαρὰ διάταξις* zu beobachten sei. — Es sei noch die Bemerkung gestattet, dass der hier vertretenen Auffassung von Epanag. XVI, 20 Zachariaes Lehre über die rechtliche Unmöglichkeit des Concubinates seit der Ecloga (Gesch. des griech.-röm. R. pag. 58) nicht entgegensteht; die letztere irrt, wenn sie annimmt, nach der Ecloga (II, 8) sei jeder Concubinat als Ehe betrachtet worden; wie oben bemerkt wurde, ist auch zum *ἄγραφος γάμος* die Zustimmung der Eltern erforderlich und wo diese nicht der Herstellung der Geschlechtsgemeinschaft vorausgeht, ist nur Concubinat vorhanden. S. auch Ecl. ad Pr. m. 28, 10 (*παλλακή*!).

monien das Vorhandensein der affectio maritalis in gleicher Weise wie das Dotalinstrument garantiren. Warum sind nuptiae *δι' εὐλογίας καὶ στεφανώματος* in unserem Falle unmöglich? Die Erklärung bietet das griechisch-orientalische Kirchenrecht. Die *στεφάνωσις (εὐλογία)* ist charakteristischer Weise dann unzulässig, wenn die Braut Wittwe ist oder sonst die Virginität nicht vorhanden ist.[1]) Die Defloration der Sclavin ist der Grund, weshalb die Kirche bei Umwandlung des Concubinates zu rechter Ehe ihre Mitwirkung versagt und die reine Civilehe nothwendig macht. Der *ἄγραφος γάμος* der Epanagoge setzt also stets Virginität der Braut voraus; hierin wird man nun allerdings eine Abweichung vom System der Ecloge annehmen müssen; die neben der Benediction genannten Formen gestatten nicht, eine derartige Einschränkung zu machen und in ihnen wird wohl die *δευτερογαμία* als *ἄγραφος γάμος* geschlossen.

Nun spricht auch das syrisch-römische Rechtsbuch von der gepriesenen (= benedicirten) Krone der Jungfrauschaft; da hier die *στεφάνωσις* (unter *εὐλογία*) die einzige, allgemeine Eheschliessungsform der schriftlosen Ehe ist, müssen wir annehmen, dass in Syrien ganz wie im byzantinischen Recht ein *ἄγραφος γάμος* nur bei Virginität der Braut eingegangen werden kann. Wir können auf die Richtigkeit dieser Annahme aus dem Rechtsbuche selbst die Probe machen. Nach L. 48 wird die Freie, welche „die Frau des Sclaven wird" und im Hause des Herrn, ihres unfreien Gatten wohnt, Sclavin und die Kinder aus dieser Quasiehe sind natürlich auch unfrei. Wenn sie aber, so fährt der Spiegler fort, „sich nicht in die Sclaverei schreibt", sondern fortgeht, so behält sie für ihre Person die Freiheit, die Kinder aber folgen der ärgeren Hand.[2]) Mitteis hat nun in sehr an-

[1]) Zhisman a. a. O. pag. 412, s. auch pag. 156f. und die daselbst citirten Quellenstellen. — [2]) L. § 48 (= Par. 45 Ar. 46). Hier sind die Rechtsfolgen des Geschlechtsverkehrs zwischen einer Freien und einem Sclaven verschieden bestimmt, je nachdem das Weib im Hause des dominus des Sclaven wohnt oder ihn in ihrem Hause empfängt. Aehnlich bestimmt das Recht von Gortyn VII 1ff. (nach Bücheler-Zitelmanns Conjectur), dass die Kinder aus der Verbindung eines Sclaven und einer Freien dann frei sind, wenn der Sclave in das Haus der Frau zieht, umgekehrt aber als unfrei angesehen werden, wenn die Frau in das Haus

sprechender Weise auseinandergesetzt, dass die beiden Ausdrücke „Frau des Sclaven werden“ und „sich in die Sclaverei schreiben“, synonym sind und unter der Schrift der Ehecontract gemeint ist, der hier nach Art der Ehe zwischen Freien aufgesetzt wird. Warum wird diese Quasiehe nicht *ἀγράφως* geschlossen? Wir müssen uns da gegenwärtig halten, dass ihrer Eingehung „der Empfang im Hause des Herrn“ und wohl auch die Denuntiation vorausgegangen ist;

---

des Sclaven eintritt. Diese Bestimmung ist auch zur Interpretation der bekannten Stelle des Herodot über das lykische Mutterrecht herangezogen worden. Letzterer berichtet I 173, dass bei den Lykiern theils kretische, theils karische Rechtsgrundsätze in Anwendung sind, sie aber insofern eine von den anderen Gesetzgebungen abweichende, ihnen eigenthümliche Rechtssatzung aufzuweisen haben, als sie nicht nach dem Vater, sondern nach der Mutter sich nennen und wohl die Kinder aus der Verbindung einer Bürgerin mit einem Sclaven das Bürgerrecht besitzen, nicht aber die von einem Bürger mit einer Fremden oder Concubine erzeugten Kinder *(νόμοισι τὰ μὲν Κρητικοῖσι, τὰ δὲ Καρικοῖσι χρέωνται. ἓν δὲ τόδε ἴδιον νενομίκασι, καὶ οὐδαμοῖσι ἄλλοισι συμφέρονται ἀνθρώπων. καλοῦσι ἀπὸ τῶν μητέρων ἑωυτοὺς καὶ οὐκὶ ἀπὸ τῶν πατέρων ..... καὶ ἢν μέν γε γυνὴ ἀστὴ δούλῳ συνοικήσει γενναῖα τὰ τέκνα νενόμισται ἢν δὲ ἀνὴρ ἄτιμα τὰ τέκνα γίνεται).* Szanto (Festschrift für Otto Benndorf pag. 259), welcher in der erwähnten Vorschrift des Rechts von Gortyn ein Rudiment des Mutterrechts erblickt („das Haus der Mutter hat noch die Fähigkeit, frei zu machen“), nimmt nun auch für Lykien den gleichen Rechtszustand wie für Gortyn an. Danach liegt eine Ungenauigkeit im Berichte Herodots insofern vor, als die Kinder einer Bürgerin und eines Sclaven nicht stets Bürger sind, sondern nur dann als vollbürtig gelten, wenn der Sclave in das Haus der Frau eintritt. Man muss zunächst gegen diese Auffassung bemerken, dass der zur Erläuterung der herodoteischen Notiz herangezogene Satz des Rechts von Gortyn schon aus dem Grunde eine analoge Anwendung ausschliesst, weil es sich dort um den status libertatis, hier aber um den status civitatis handelt (so schon Mitteis, Reichsr. u. Volksr. pag. 368 Anm. 2). Aber selbst, wenn die Analogie an und für sich zulässig wäre, so stünde doch der Annahme einer Rechtsgleichheit entgegen, dass Herodot ja, und gewiss nicht ohne Grund, ausdrücklich sagt, dass die Lyker nach kretischem Rechte leben, den lykischen Rechtssatz aber ausdrücklich als einen partikulären, dem kretischen Rechte fremden bezeichnet. Das Gortyner Recht ist nun allerdings etwa zur selben Zeit (nicht früher), als Herodot schrieb, aufgezeichnet worden; aber der ihm eigenthümliche Rechtssatz hat jedenfalls schon vor der schriftlichen Fixirung, die nicht so sehr für das Volk, als für die mit der Rechtsprechung betrauten Organe erfolgte, Geltung ge-

denn früher dürfte für ein freies Weib kaum der Anlass und die Nothwendigkeit bestanden haben, auf die Freiheit zu verzichten. Die Defloration der Braut macht auch in unserem Falle einen *ἄγραφος γάμος* unmöglich. Die Bestimmungen des syrischen Rechtsbuches in Lond. 93 handeln also lediglich von der ersten Heirath und nicht auch von den secundae nuptiae. Wie die Wittwenehe eingegangen wird, sagt der Spiegler nicht; *ἄ. γ.* war aber gewiss zulässig.

---

habt. Die Annahme eines Auslassungsfehlers ist sohin bedenklich; sie ist überhaupt erst dann gestattet, wenn es nicht möglich ist, eine überlieferte Thatsache auf andere Weise zu erklären. Die m. E. zutreffende Erklärung giebt die Politik des Aristoteles in Verbindung mit einer zweiten Nachricht des Herodot. Aristoteles lehrt a. a. O. III 3, 5, dass manche Verfassungen bei Creirung von Neubürgern soweit gehen, bei eintretendem Mangel an Bürgern sogar Fremde zur Civität zuzulassen; in manchen Staaten werde es zur Erlangung des Bürgerrechtes der Kinder für ausreichend gehalten, wenn man eine Bürgerin zur Gattin habe; ebenso werde es häufig mit den Kindern aus der Verbindung eines Bürgers mit einer Nichtbürgerin gehalten *(ἐν πολλοῖς δὲ πολιτείαις προσεφέλκεται καὶ τῶν ξένων ὁ νόμος. ὁ γὰρ ἐκ πολίτιδος ἐν τισὶ δημοκρατίαις πολίτης ἐστίν, τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον ἔχει καὶ τὰ παρὰ τοὺς νόθους πολλοῖς. οὐ μὴν ἀλλ' ἐπεὶ δι' ἔνδειαν τῶν γνησίων πολιτῶν ποιοῦνται πολίτας τοὺς τοιούτους (διὰ γὰρ ὀλιγανθρωπίαν οὕτω χρῶνται τοῖς νόμοις)):* dass dies nun auch bei Verbindungen mit Sclaven, nicht nur mit freien Nichtbürgern gilt, wird dadurch dargethan, dass, wie Aristoteles bemerkt, wenn der Mangel an Bürgern behoben ist, die Ausnahmsbestimmungen schrittweise aufgehoben werden und zwar zunächst diejenigen, wornach Kinder, deren einer Elterntheil dem Sclavenstande angehört, zur Civität zuzulassen sind *(... εὐποροῦντες δ' ὄχλου κατὰ μικρὸν παραιροῦνται τοὺς ἐκ δούλου πρῶτον ἢ δούλης, εἶτα τοὺς ἀπὸ γυναικῶν, τέλος δὲ μόνον τοὺς ἐξ ἀμφοῖν ἀστῶν πολίτας ποιοῦσιν).* Wenden wir das von Aristoteles Gesagte für Lykien an. Der fragliche Rechtssatz ist aus einem eingetretenen Mangel an Bürgern zu erklären; derselbe war so stark, dass man die Kinder von Bürgerinnen und Sclaven zu Bürgern machte, er war noch nicht soweit gediehen, dass man auch die Kinder von Bürgern einerseits und Nichtbürgerinnen (Sclavinnen) und Concubinen andererseits zur Completirung der Bürgerschaft heranziehen musste. Dass nun in Lykien thatsächlich ein Mangel war, erklärt sich daraus, dass bei der Eroberung des Landes durch die Perser der grösste Theil der männlichen Bevölkerung zu Grunde ging (vgl. Herod. VII 33ff.). Die Anwendung der aristotelischen Lehre auf unseren Fall erscheint nun dadurch noch gerechtfertigt, dass unter den der Verfassung der Politik vorausgehenden Staatsschriften auch eine solche über das lyk. Staatswesen genannt wird

Die byzantinischen Quellen geben uns auch eine unzweideutige Auskunft über die der *παρρησία* (der Londoner und Pariser Handschrift) und dem „Zeugniss der Verwandten" (in der arab. Version) zukommende Bedeutung.

Im Proch. IV 27 findet sich über die durch Krönung abzuschliessende Ehe folgende Norm:

> *Μηδεὶς μυστικῶς στεφανούσθω, ἀλλὰ παρόντων πλειόνων. ὁ γὰρ τοῦτο τολμήσας ἐργάσασθαι σωφρονιζέσθω τιμωρούμενος δηλονότι τοῦ ἱερέως ὡς ἐν τοῖς ἀπρέπεστιν ἑαυτὸν παρεμβάλλοντες, τὰς ἀξίας εὐθύνας εἰσπραττομένου κατὰ τὴν τῶν ἐκκλησιαστικῶν κανόνων διάταξιν.*

Es soll also niemand heimlich gekrönt werden, sondern öffentlich, d. h. in Gegenwart mehrerer Personen und der zuwiderhandelnde Priester der Strafe der Kirchengesetze unterliegen. Ganz dasselbe besagt das syrisch-römische Rechtsbuch, wenn es vorschreibt, die Krönung solle *παρρησίᾳ* stattfinden; das Wort bedeutet trotz Bruns' Ablehnung „öffentlich", wie im neuen Testament, und dieser Ausdruck ist eben in Ar. 52 durch „Zeugniss der Verwandten" ersetzt.

(Phot. Bibl. 161 pag. 105 A, 1 Bekk.). Vielleicht hat gerade die Ordnung der Statusverhältnisse in Lykien dem Aristoteles bei seinen obigen allgemeinen Darlegungen vorgeschwebt. Als Beweis für das Mutterrecht im Sinne einer ursprünglichen Ordnung des Status nach der Mutter wird man den Bericht des Herodot, insoweit wir ihn hier erörtert haben, nicht verwenden können. Das Gleiche gilt von der allgemein hierauf zurückgeführten Erscheinung, dass die Männer in der Trauerzeit Frauenkleider tragen. Diese mehrfach bezeugte Thatsache (Plut. consol. ad Apoll. 21, Val. Max. 2, 6, 31) ist daraus zu erklären, dass es ursprünglich eine einheitliche Tracht für beide Geschlechter gab, die in späterer Zeit Frauenkleidung geworden ist und nur noch bei feierlicher Gelegenheit allgemein getragen wird. Umgekehrt trägt ja auch die römische Braut am Hochzeitstage Männerkleidung. Dem von Herodot berichteten Princip der Namengebung steht scheinbar entgegen, dass VII 98 als Commandant der lykischen Schiffe ein *Κυβερνίσκος Κοσσίκα* genannt wird; indess weist Treuber, Geschichte der Lykier pag. 118 darauf hin, dass bei den vornehmen Geschlechtern das Princip des Patriarchates früher als im Volke zum Durchbruch gelangt ist. [Der Name Queziga (= *Κοσσίκας*) erscheint jetzt neuerdings mit Hinzufügung des Vaternamens in lykischen Inschriften (vgl. hierüber Heberdey, Jahreshefte des österr. arch. Inst. I. Bd. pag. 37 ff.).]

Die Anwesenheit von Zeugen ist also hier wie in anderen alten und neuen Rechten ein essentielles Erforderniss des Eheschliessungsactes.

Ein Unterschied zwischen byzantinischem und syrischem Eheritus muss doch als bedeutsam hervorgehoben werden. Es unterliegt keinem Zweifel, dass nach dem ersteren beide Brautleute gekrönt werden; dafür spricht, um nur auf bekannte Thatsachen hinzuweisen, der eben citirte Wortlaut von Proch. IV 27 (*μηδεὶς*, nicht *μηδεμία στεφανούσθω*) und die noch gegenwärtig in Kraft stehende Ceremonialvorschrift der griechisch-orientalischen Kirche. Anderseits steht in nicht minder unzweifelhafter Weise fest, dass in Syrien nur die Braut gekrönt wird; die Krone „der Jungfrauschaft“ lässt sich nicht in anderer Weise deuten und wir wissen überdies, dass noch heute bei der syrischen Bauernhochzeit die jungen Ehegatten durch sieben Tage die Rolle von König und Königin spielen, charakteristischer Weise nur die Braut die Krone trägt.[1])

Die isolirte Betrachtung des byzantinischen Rechtes, allenfalls noch unter vergleichender Heranziehung der römischen Quellen, könnte dazu führen, in dem in den Rechtsbüchern des achten und neunten Jahrhunderts zu Tage tretenden Dualismus das Product einer nachjustinianischen Neubildung zu erblicken.[2]) Wer sein Augenmerk auch auf die verwandten Rechte des Ostens richtet, wird vor einem derartigen Irrthum bewahrt werden. Es wäre doch in der That höchst merkwürdig, wenn gerade in einer Zeit, da das justinianische Gesetzbuch mit dem Anspruch auf allgemeine Geltung wirksam gewesen ist, sich der erwähnte, früher unbekannte Gegensatz entwickelt hätte. Die Festsetzung, dass die Ehe in erster Linie in Schriftform einzugehen sei und die Anerkennung der copula carnalis als Ehebegründungsact sind Thatsachen, die sich nur als Codification seit alters geltenden Volksrechtes auffassen lassen und auch die Ehe-

---

[1]) S. p. 88, N. 1. — [2]) Vgl. Zachariae-Lingenthal, Gesch. d. griech.-röm. R. 3. Aufl. (1892) p. 71 f., der das Moment der Schriftlichkeit beim *προικῷον συμβόλαιον* zu wenig beachtet; es ist nicht zutreffend, wenn dieser Gelehrte behauptet, dass die Epanagoge zum just. R. zurückgekehrt sei.

schliessung δι' εὐλογίας (στεφανώματος) ist keineswegs ein Novum nachjustinianischer Zeit.

„In der königlichen Hauptstadt Constantinopel“ ist es also, wenn wir vom ἔγγραφος γάμος ganz absehen, nie Sitte gewesen, die Braut allein mit der Krone der Jungfrauschaft zu krönen, sondern es werden hier beide Brautleute gekrönt, und im älteren Volksrecht ist überdies nicht bloss die στεφάνωσις, sondern auch die in domum ductio mit geschlechtlicher Vereinigung sowie die Erklärung des Ehewillens inter amicos als ehebegründender Act anerkannt; das, was für Constantinopel gilt, wird man ruhig auch für das westliche Hinterland annehmen können. So sehen wir schon jetzt: Es kann die von der armenischen Handschrift bei anderer Gelegenheit gegebene Abgrenzung in Lond. 93 und den entsprechenden Varianten der übrigen Versionen nicht gemeint sein.

Zu einer Lösung der Frage nach dem Ursprunge des syrischen ἄγραφος γάμος reichen die byzantinischen Quellen nicht aus[1]); sie wird, wie bereits angedeutet wurde, durch die gesicherten Ergebnisse über das jüdische Eherecht geboten. Freilich dürfen wir dieses nicht in einer für einen bestimmten Zeitpunkt gegebenen dogmatischen Darstellung heranziehen; es liegt hier eine reiche Entwickelung vor, die nicht unberücksichtigt gelassen werden darf. Folgende Thatsachen wird der Interpret des syrisch-römischen Rechtsbuches vermerken[2]):

1. In biblischer Zeit findet nach der Uebergabe von Geschenken an die Braut und deren Verwandten die Hochzeit statt. Die Feierlichkeit, welche sieben Tage dauert, besteht in dem täglichen Gastmahl und der allabendlich unter Begleitung der Festgenossen stattfindenden ductio ad thalamum. Die Brautleute erscheinen mit Kränzen auf dem

---

[1]) Die Analogie zwischen dem byzantinischen und syrischen Recht und die Verschiedenheiten lassen sich historisch sehr wohl verstehen. S. weiter unten pag. 90. — [2]) Vgl. zum Folgenden: Riehm, Handwörterbuch des biblischen Alterthums pag. 349ff.; Benzinger, Hebräische Archäologie in Grundriss der theolog. Wissenschaften II, p. 138ff.; Hamburger, Realencyclopädie für Bibel und Talmud I pag. 525, II pag. 1260ff., 1227, 639.

Haupte. Uebergabe der Mitgift ist Sitte; von Schriftlichkeit findet sich keine Spur.

2. Die zweite Periode, umfassend die nachbiblische Zeit bis zum dritten Jahrhundert n. Chr. weist eine complicirtere Gestaltung auf. Schriftliche Fixirung der vermögensrechtlichen Verabredungen kommt vor [1]) und wird als Ehebegründungsact angesehen. Es entwickelt sich ein Gegensatz zwischen Ehe ersten und zweiten Grades; doch wird auch die erstere, welche jetzt häufig die Vorstufe zur letzteren bildet [2]), in Fortwirkung des ursprünglichen Rechtszustandes als legitime Verbindung betrachtet. Das zeigt sich darin, dass sie nach dem Act, durch welchen sie eingegangen wird, ebenso wie die Schriftehe als kiduschin (Heiligung) bezeichnet wird. Verletzung der Treue gilt als Ehebruch und es ist eine Lösung des Bandes nur durch regelrechte Scheidung möglich. Die Ceremonien sind Uebergabe einer Werthsache (Ring), einer Urkunde (verschieden von der Ketuba) und in domum ductio mit nachfolgender copula carnalis; zu diesen Acten tritt regelmäfsig Benediction hinzu. [3]) Erforderlich ist Mündigkeit der Nupturienten, der freie Consens derselben, Anwesenheit der Brautleute und zehn männlicher Personen bei den erwähnten Ceremonien. Die Schriftehe wird durch *προικῶον συμβόλαιον* (Ketuba) geschlossen. Es entwickelt sich am Ausgang dieser Periode der Usus, die Benediction und in domum ductio der Aufsetzung der *φερνή* nachfolgen zu lassen. Die Hochzeitsfeierlichkeit (anschliessend an die in domum ductio) dauert, wie in biblischer Zeit, sieben Tage und wird in gleicher

[1]) Das älteste Beispiel bei Tob. 7, 16; 8, 23. Ueber die Abfassungszeit dieses Buches gehen die Ansichten auseinander. Einige Forscher nehmen an, dass es erst im ersten, ja sogar zweiten Jahrhundert p. Chr. entstanden sei; jedoch wird man mit Rücksicht auf die entgegenstehende Ansicht gelehrter Theologen doch damit rechnen müssen, dass das Buch möglicherweise schon dem zweiten Jahrhundert v. Chr. angehört (vgl. hierüber Strack-Zöckler, Kurzgefasster Commentar zu den hl. Schriften alten und neuen Testamentes IX. Bd. pag. 165; Reuss, Geschichte der hl. Schriften alten Testamentes pag. 585. — [2]) Es ist ganz irrig, wenn auch entschuldbar, wenn Hamburger a. a. O. pag. 1260 von „Verlöbniss" spricht. — [3]) S. hierüber auch Friedberg, Das Recht der Eheschliessung S. 6 Anm. 2.

Weise begangen. Bis auf den vespasianischen Krieg ist es Sitte, dass beide Brautleute Kronen auf dem Haupte tragen; nach jener Zeit wird nur mehr die Braut gekrönt und seit der Zerstörung des Tempels durch Titus auch diese nicht mehr[1]); nur in Babylonien hat sich die Brautkrone erhalten.

3. Seit dem dritten Jahrhundert ist die Eingehung der Ehe durch (in domum ductio mit) copula carnalis religionsgesetzlich als unzulässig erklärt und der „erste Act der Eheschliessung“ zur Eheberedung, Verlöbniss in unserem Sinne geworden. Die für die „Ehe ersten Grades“ charakteristisch gewesene Heimführung und die Eulogie mit dem Acte der Aufsetzung der Schrift verbunden und die Eheceremonie wird jetzt in toto als Heimführung (nisuim) bezeichnet. Die Eheverschreibung ist auch in der dritten Periode nicht überall durchgedrungen.

Die Analogie des jüdischen und syrischen Eherechtes ist eine auffallende und muss wohl nicht näher discutirt werden; sie zeigt, wie verkehrt es ist, die Consensehe als ein in das syrisch-römische Rechtsbuch verpflanztes römisches Princip, die Heimführung der mit der gepriesenen Krone der Jungfrauschaft geschmückten Braut als römische in domum ductio anzusehen. Viel näher liegt der Gedanke an eine vom Spiegler geschilderte Parallelentwickelung, die sich im Oriente selbst vollzogen hat, gerade von der Consensehe ausgeht und im Laufe der Zeit zu dem Dualismus von *ἄγραφος γάμος* und *ἔγγραφος γάμος* geführt hat. Dass die Rechtsentwickelung in Syrien hier thatsächlich den gleichen Gang genommen hat, wie in Judäa, zeigt gerade die Brautkrone. Es ist auffallend, dass noch heute in Syrien die Brautleute während der siebentägigen (!) Hochzeitsfeierlichkeit die Rolle von König und Königin haben, nur die Braut aber gekrönt ist.[2]) Man wird angesichts des Umstandes, dass auch der Bräutigam als König gilt, schwerlich annehmen können, dass die Symbolisirung der Krone als „Krone der Jungfrau-

[1]) Vgl. hierüber auch Delitzsch, Bibl. Commentar über die poetischen Bücher des alten Testamentes IV. Bd. pag. 641 (zu Cant. cant. III, 11) und dazu die hochinteressanten Bemerkungen von Wetzstein, bei Delitzsch l. c. pag. 165f. — [2]) Wetzstein l. c.

schaft" etwas ursprüngliches ist, man wird vielmehr voraussetzen müssen, dass auch der „König" die Krone getragen und erst nach Wegfall der letzteren die Brautkrone die ihr im syrisch-römischen Rechtsbuch beigelegte Bedeutung erhalten hat. Offenbar ist es das Verbot Vespasians, das die Aenderung herbeigeführt hat. Die Reichsregierung würde in die herrschende Sitte gewiss nicht eingegriffen haben, wenn die Krone lediglich als Symbol geschlechtlicher Reinheit aufgefasst worden wäre: aber, dass die Brautleute die Rolle von König und Königin spielen, liess die Sache politisch nicht ganz unbedenklich erscheinen und darum das vespasianische Verbot der Krönung des Bräutigams, das auch auf das Gebiet des syrisch-römischen Rechtsbuches übergegriffen hat.

Unter den vielen Völkern, welche nicht die Sitte hatten, sich der schriftlichen Documente bei der Eheschliessung zu bedienen, sind also ausschliesslich solche des Ostens gemeint. Wiewohl der Spiegler, wie schon erwähnt, das Gebiet von Constantinopel sammt dem westlichen Hinterland nicht mit seinen Worten bezielen kann, so werden wir doch das Eherecht dieser Gebiete dem des orientalischen Rechtskreises beizählen müssen. Der Volksbrauch der Krönung hat sich hier uneingeschränkt erhalten.[1])

Die Haltlosigkeit der Bruns'schen Annahme, es sei in L. 93 ein Unterschied zwischen Völkern des Ostens und Westens gedacht, lässt sich überdies aus dem syr.-röm. Rechtsbuch selbst zur Evidenz nachweisen. Sie stützt sich, wie bemerkt, u. A. auch auf die Norm in P. 40 (= Ar. 51, Arm. 45), welche besagt, dass die donatio propter nuptias in den Ländern des Ostens die Hälfte der dos betrage, im Westen aber der Höhe derselben gleichkomme und letztere Angabe stimmt mit der Vorschrift der Novelle 97 überein. Mitteis[2]) hat nun bemerkt, dass, wenn in L. 93 die Nothwendigkeit von φερνή und δωρεά ausdrücklich als dem Westen fremd bezeichnet werde, das Rechtsbuch unmöglich eine Bestimmung über ihre Höhe enthalten haben kann und kommt

[1]) Ueber die Mauerkrone der röm. Brauttracht s. den lesenswerthen Aufsatz von Dragendorff, Rh. Mus. f. Phil. N. F. 5. Bd. p. 288. — [2]) a. a. O. p. 292f.

zu dem Resultate, welches die ganze historische Entwickelung des occidentalischen Rechtes nahelegt, dass hier eben eine Umarbeitung mit Rücksicht auf die Novelle vorliege. Ich stimme mit Mitteis' Ergebniss völlig überein, nicht ganz mit der Argumentation, soweit sie auf das syrisch-römische Rechtsbuch sich gründet. Denn dass dem Spiegler in Lond. 93 der Gegensatz zwischen Völkern des Ostens und Westens incl. Griechenlands und Constantinopels vorschwebt, entnimmt man doch nur aus Par. 40, resp. den correspondirenden Bestimmungen in Ar. 51 und Arm. 45, welche, worauf der ganze Nachweis hinausläuft, nachjustinianischer Zeit angehören und darum für die Interpretation von L. 93 wohl nicht herangezogen werden dürfen. Alle anderen Beweise für die spätere Entstehungszeit der vorcitirten Bestimmungen über die Höhe der donatio propter nuptias bleiben aufrecht und bilden die erfreulichste Bestätigung für die hier vertretene Ansicht über die Abgrenzung der Völker in L. 93.

Wie bereits bemerkt wurde, bildet in Aegypten (und zeitweise auch im jüdischen Eherecht) der *ἄγραφος γάμος* die Vorstufe zum *ἔγγραφος γάμος*. Das gleiche Verhältniss lässt sich auch für das syrisch-römische Rechtsbuch nachweisen.

In Lond. 43 wird die Frage erörtert, ob der Kauf, den ein Mann „für sein junges Weib, das er als Jungfrau bekommen hat“, abschliesst, giltig ist oder nicht und verneint; wenn aber, so fährt der Spiegler fort, nach der *φερνή*, die seine Frau ihm eingebracht, er mit ihren eigenen Mitteln für sie etwas anschafft, so soll der Kauf giltig sein; von der Wittwe aber wird gesagt, dass sie das, was der Mann für sie anschaffe, mit dem Besitzübergang erwerbe. Das Rechtsbuch behandelt in den beiden ersten Abschnitten die Protogamie, unter den zweiten kann überdies der Specialfall der secundae nuptiae gezogen werden, wo die Wittwe dem Gatten eine dos mitbringt und nach deren Uebergabe Geld zur Anschaffung von Sachen übergiebt. Interessant ist der Gegensatz zwischen dem jungen Weib, „das jemand als Jungfrau bekommen“ und der Gattin, von der der Mann eine *φερνή* erhält; Bruns[1]) hat sich diese

[1]) a. a. O. p. 211 f.

Unterscheidung nicht recht zu erklären gewusst; nach unseren Ausführungen kann ein Zweifel nicht bestehen: er ist nichts anderes als der von ἄγραφος γάμος und ἔγγραφος γάμος. Bei schriftloser Ehe ist der Kauf, den der Mann für die Frau abschliesst, stets ohne Rücksicht auf die Provenienz der Mittel ungiltig; bei Schriftehe ist er giltig, wenn die Mittel von der Frau herrühren; die Wittwe erwirbt in jedem anderen Falle [1]) durch Uebergabe des Besitzes an der in ihrem Namen angeschafften Sache. Wie ist es nun zu erklären, dass die Frau bei ἄγραφος γάμος auch dann, wenn sie dem Manne Geld übergiebt, doch durch ihren Mann nicht erwerben kann; schon die späteren Bearbeitungen [2]) haben das nicht verstanden — sie beschränken die Bestimmung des ersten Abschnittes auf den Fall, dass die Mittel vom Manne herrühren — und doch ist die deutlichste Handhabe im Texte selbst gegeben. Das Rechtsbuch spricht von dem „jungen Weibe", von dem „Weibe, das der Mann geheirathet hat in seiner Jugend". Das weist doch deutlich darauf hin, dass der Spiegler den ἄγραφος γάμος nicht als etwas Continuirliches, sondern als ein vorübergehendes Stadium betrachtet. Auch in Syrien ist also noch zur Zeit der Abfassung des Rechtsbuches der ἄγραφος γάμος im Princip das Vorstadium zum ἔγγραφος γάμος; auf diesen provisorischen Charakter der schriftlosen Ehe ist es zurückzuführen, wenn das mandatum praesumptum des Ehemannes hier nicht statt hat. [3])

---

[1]) d. i. 1. wenn sie eine Mitgift hat, dem Manne aber kein weiteres Vermögen übergiebt, 2. wenn sie indolata ist, ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Gatten Geld zur Verfügung stellt oder nicht. Das Verbot der donatio inter virum et uxorem gilt also bei Heirath mit einer Wittwe nicht. — [2]) Vgl. P. 48f. Ar. 60 Arm. 61. — [3]) Die Analogie des jüdischen Eherechtes legt den Gedanken nahe, dass der syrische ἐγγρ. γάμος ein jüngeres Gebilde ist (oben p. 89); das Gleiche möchte ich auch von der ägyptischen Schriftehe vermuthen.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 13 Z. 6 statt „dieser Verpflichtungen" l. „dieser Zusagen".

S. 26 Z. 3 statt „242" l. „343".

S. 28 Anm. 1 statt „Nov. 53 praef." l. „Nov. 53 c. 3 praef."

S. 33 Z. 1 statt „erblicken" l. „erblickt".

S. 35 Anm. 3 statt „pag. 621 ff." l. „pag. 621 ff. insbes. pag. 628 Anm. 1".

S. 46 Anm. 1 ist „wohl" vor nicht zu streichen.

S. 48 Anm. 1 letzte Zeile statt „letztere Auffassung" l. „diese Auslegung".

S. 78 Z. 8 statt „Nov. 17 c. 11" l. „Nov. 18 c. 11".

S. 78 Z. 21 statt „749" l. „740".

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.